IMPUTACIÓN OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Francisco Bernate Ochoa



Colección Textos de Jurisprudencia



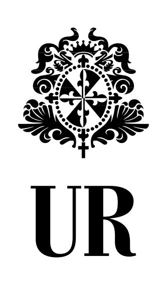


Imputación objetiva y responsabilidad penal médica

Francisco Bernate Ochoa

BERNATE OCHOA, F. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. 310 p. Textos de Jurisprudencia collection. ISBN: 978-958-500-397-2. https://doi.org/10.7476/9789585003972.




UR

Imputación objetiva y responsabilidad penal médica

Imputación objetiva y responsabilidad penal médica

Francisco Bernate Ochoa



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

ISBN: 978-958-738-086-6

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2010
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: María Angélica Quinche
Diagramación: Ángel David Reyes Durán
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, oficina 501 • Tel: 297 02 00, ext. 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Bernate Ochoa, Francisco
Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. / Francisco Bernate Ochoa.
—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
312 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-086-6

Derecho penal / Responsabilidad médica / Ética médica / Práctica médica /
Responsabilidad legal / Atención médica / I. Título / II. Serie.

346.0332 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Capítulo III

A mi mamá,
Victoria Eugenia Ochoa

The grass was greener
The light was brighter
The taste was sweeter
The nights of wonder
With friends surrounded
The dawn mist growing
The water flowing
The endless river

"High hopes"
Pink Floyd.

Prólogo

Agradezco muy sinceramente a *Francisco Bernate Ochoa* el gran honor que me hace al proponerme prologar este trabajo; un beneficio más de los vínculos que unen a quienes se ocupan del Derecho penal a ambos lados del Atlántico, y que también existen desde la Universidad Autónoma de Madrid hacia muchos colegas colombianos.

I

Hasta el día de hoy parece claro, por un lado, que no hace falta convencer a ningún penalista en Europa o en América Latina –y mucho menos en los EE.UU.–, práctico o teórico, de que la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del personal sanitario adquiere cada vez mayor importancia, tanto en la práctica como en la discusión teórica. Por otro lado, parece claro también que nadie interesado en la disciplina y con formación continental pondrá en duda que la teoría de la imputación objetiva ha tenido una influencia importante en el actual modo de entender la tipicidad. Por ello nada puede aportarse aquí para subrayar la conveniencia y actualidad del tratamiento del objeto del presente trabajo: cae por su propio peso. Estando esto tan claro, quizás haya aquí espacio para entrar en algunas consideraciones periféricas respecto de los dos objetos de estudio que en el presente texto se funden: la responsabilidad del médico en el marco de la relación médico-paciente y la teoría de la imputación objetiva.

II

El grado de desarrollo de la posible responsabilidad jurídico-penal del médico en su actividad en relación con el paciente es un reverso de la estructura de toda la relación médico-paciente.

La representación habitual del actual estado de evolución de esa relación suele consistir, en lo que alcanzo a ver, en la bibliografía jurídica, en lo esencial –permítase una simplificación– en presentar el momento actual como el

del triunfo de la autonomía sobre la vieja medicina hipocrática de orientación paternalista. Estaríamos pasando actualmente –no en vano la Ley decisiva en España se llama Ley de *Autonomía del Paciente*– de una relación asimétrica marcada por el principio de beneficencia a una relación de igualdad entre médico y paciente en la que la autonomía (y autorresponsabilidad) del paciente se convierte en principio dominante y requiere del profesional sanitario una modificación de su posición, en particular, el cumplimiento de amplios deberes de información frente al paciente. Correlativamente, pasaríamos –así esta representación– de una situación de *medicus legibus solutus*, también en el ámbito penal, a una situación de posible hiperjuridificación (incluyendo la penal), productora de la temida medicina defensiva.

Sin embargo, también puede pensarse que de ese modo no queda correctamente descrita la evolución habida. Posiblemente aquello que suele denominarse "medicina hipocrática" –frecuentemente, en lo que alcanzo a ver, sencillamente en el sentido de "medicina precientífica" (anterior al S. XIX)– no sólo tenía rasgos paternalistas, sino incorporaba también elementos de la medicina tradicional popular, en la que las relaciones entre el enfermo y quien lo trata no implican siempre supra- y subordinación. Por otra parte, la medicina del siglo del triunfo de la autonomía, del liberalismo, la medicina científica del siglo XIX, estaba lejos de no ser paternalista: la cientificación de todo el proceso curativo, la preeminencia de una visión biologicista-mecanicista, sus batas blancas, su tendencia al aislamiento de acuartelamiento militar introducido con el moderno sistema hospitalario, etc. (*Foucault*), era/es paternalista. Implica cierta pulsión paternalista, ya que conlleva la definición de un concepto objetivo de salud determinado de modo científico, externo al paciente; su autonomía no está presente en el núcleo de ese concepto de salud. Parece la base del entendimiento de salud que actualmente predomina en nuestra sociedad sigue anclada en esa aproximación científico-objetiva: la medicina es una actividad orientada por la ciencia hacia el restablecimiento de la normalidad corporal. Sin embargo, puede ser que dicho modelo esté comenzando a cambiar. Los impresionantes avances en materia de ciencias de la salud y en biología han comenzado a transformar el concepto de salud y de la relación médico-paciente. Como señala *Beck*, en cierto modo la cada vez más amplia divergencia entre las posibilidades de diagnóstico y las de tratamiento –lo que conduce a cada vez más enfermos crónicos– supone

la exacta inversión del modelo hospital-taller de reparación: el paciente ya no es extraído temporalmente de la sociedad para ser devuelto sano a ella, sino que es devuelto por el sistema sanitario, sin necesidad de más contacto que el ambulante, con la calificación de enfermo sin previsible curación.

Si se toman estos dos factores que influyen en la definición de la relación médico-paciente, por ejemplo, en la concreta regulación del ejercicio de la autonomía del paciente: consentimiento informado, se observa que el modelo está sometido a grandes tensiones, es sectorialmente esquizofrénico. Por un lado, pervive el pensamiento objetivista-paternalista de la aproximación científica a la medicina. Por otro, la pérdida del referente de la curación como horizonte de la actividad del médico abre el campo para la identificación de la necesidad de decisiones autónomas por parte del paciente (¿someterse a un tratamiento doloroso que no prolonga la vida?; ¿querer o no querer conocer un diagnóstico genético?); las legislaciones de Occidente establecen la autonomía como principio rector. Y recuérdese que –sin entrar en detalles– el respeto o la vulneración de esa autonomía es la puerta por la que se accede a la responsabilidad penal del profesional sanitario en este ámbito. Sobre determinadas cuestiones, debe decidir libremente, sin que el médico le deba influir, el paciente en ejercicio de su autonomía, siempre que sea responsable. Es el médico quien debe decidir si el paciente es responsable. Es el médico quien debe decidir qué información resulta adecuada a las características del paciente. En conclusión: el conflicto está preprogramado.

III

La evolución de la teoría de la imputación objetiva es la historia de un éxito. Desde que se construyeron sus primeros elementos –en su formulación actual–, sobre todo por *Roxin,* a principios de los años setenta, ha dominado la discusión doctrinal y, finalmente, también la jurisprudencia en Alemania o España, y está muy presente en la jurisprudencia de las cortes supremas –y, desde luego, en el debate académico– de muchas repúblicas americanas. Si se recorren las diversas fases de desarrollo de esta evolución dogmática, arrancando en *Larenz* y llegando, claro está, a *Roxin*, pero teniendo en cuenta también aportaciones como la de *Welzel* a través de la adecuación social, o las que derivan de la obra de *Englisch*, o la construcción presentada por *Gimbernat* a principios de

los años sesenta, así como las aportaciones de *Jakobs* y *Frisch*, se alcanza la conclusión de que más allá de la aproximación *tópica* al desarrollo de esta teoría como compendio de cursos causales irregulares, cabe atribuirle una función propia dentro de la teoría del tipo. Sólo así se podrá evitar que al amparo de su novedosa denominación resurja el exasperante casuismo y el nudo recurso a la equidad propio de las antiguas teorías individualizadoras de la causalidad. Una comprensión *integradora* de la teoría de la imputación objetiva como criterio objetivo de determinación de los significados típicos de las conductas previstas en la Ley permite su inclusión en la teoría del tipo. Desde esta perspectiva –cuyas bases fueron desarrolladas fundamentalmente por *Jakobs* y *Frisch*–, la imputación del resultado en sentido estricto se convierte en un apéndice teórico, y la imputación objetiva consiste en delimitar objetivamente, dentro del marco típico posible por la formulación, qué conductas se identifican materialmente con el sentido del tipo.

Queda claro, por ello, por qué con cada vez mayor frecuencia los supuestos extraídos del ámbito médico formen parte del elenco de casos a los que aproximarse con ayuda de la teoría de la imputación objetiva: con su tecnificación, elevados estándares de exigencia en procedimientos de seguridad, alta especialización de los profesionales, en fin, con unos materiales normativos muy ricos para dar forma a las instituciones de riesgo permitido, prohibición de regreso o competencia de la víctima. El Derecho penal médico y la imputación objetiva, aunque no crecieron en el mismo lugar, están hechos el uno para la otra.

IV

Los temas abordados en este libro, como antes se decía, no sólo son de interés teórico. Su tratamiento dogmático es materia de debate en los tribunales de modo cotidiano. También por ello cabe desear a la obra una amplia difusión que contribuya a la convergencia de teoría y *praxis*.

Cantoblanco, 25 de noviembre de 2009

Manuel Cancio Meliá

Introducción

I

La constitución colombiana de 1991 supuso un cambio radical, no solamente en lo que tiene que ver con la configuración normativa en cuanto tal del ordenamiento jurídico colombiano, sino también en las prácticas tanto de los operadores jurídicos como de los ciudadanos en general. En cuanto a la transformación en la configuración del ordenamiento jurídico colombiano, encontramos que, en la actualidad, a diferencia que sucedía en épocas pretéritas, la legislación excepcional, fruto del poder ejecutivo es realmente una excepción, como debe ser, y la aplicación directa de la constitución para resolver casos concretos en la práctica del día a día de los ciudadanos es hoy una realidad, realidad que algunos llaman "*constitucionalización del derecho".*

En lo que tiene que ver con el impacto de la nueva constitución en el día a día de los ciudadanos, encontramos en las denominadas acciones constitucionales mecanismos a través de los cuales los colombianos resuelven sus diferencias día a día y ya forma parte de su lenguaje cotidiano la constitución.

Entre los derechos que más desarrollo han tenido desde la Carta del 91 tanto en la jurisprudencia como en la práctica, encontramos el derecho a la salud. Si bien una primera mirada a la Carta Política permitiría concluir que fue intención del constituyente no considerar el derecho a la salud como un derecho fundamental, sino como un derecho fundamental por conexidad con el derecho fundamental a la vida, o incluso como un derecho programático, una cuidadosa observación de los tratados internacionales sobre la materia permitiría entenderlo como fundamental a la luz de la conocida teoría del bloque de constitucionalidad.

Pues bien, la consagración constitucional del derecho a la salud y la posterior expedición de la Ley 100 de 1993 conocida como Ley de la Seguridad Social propendían por el acceso universal a la salud en unas condiciones favorables para todos los habitantes del territorio nacional, situaciones, una y otra –nos referimos al acceso y la calidad en la prestación del servicio a la sa-

lud- que se encontraban para la fecha de la expedición de la normatividad en materia de seguridad social en unas condiciones lamentables, en tanto que el acceso a la prestación del servicio de salud no cubría una parte significativa de nuestra población, y las condiciones en las que se prestaba este servicio no eran las mejores.

La Ley 100 de 1993 y sus posteriores Decretos reglamentarios –bastantes– modificaron el sistema legislativo nacional sustancialmente pero la mejoría que se buscaba en la situación de la salud para los colombianos, lamentablemente, no llegó jamás. Es cierto que la solución y el sistema propuesto por la Ley 100 del año 1993 es correcta para aumentar la cobertura del sistema de salud, pero lamentablemente las prácticas que se generaron tras su expedición han deteriorado de manera significativa la calidad en la prestación de este servicio, con lo que se comprueba aquel axioma según el cual las leyes pueden ser perfectas, pero su aplicación siempre depende de seres humanos, falibles por naturaleza.

Así pues que se introdujeron en el sistema de seguridad social entidades que buscan un ánimo de lucro y cuyas variables se miden en términos económicos, para un servicio en el que el lucro y la planificación económica no deben ser factores a ser tenidos en cuenta. Lo anterior generó una serie de prácticas que atentan contra los pacientes y, así, casos en los que los colombianos dejaron de ser atendidos en clínicas y hospitales del país por no estar al día en sus pagos, centros de salud que no cuentan muchas veces con el instrumental necesario (son famosos los casos de traslados de pacientes de un centro asistencial a otro en medios de transporte público por la carencia de ambulancias, o porque, contando con las ambulancias, no se cuenta con el combustible para transportarlas), pacientes a los que no se les practicaron los exámenes necesarios por ahorrar el costo que ellos suponen, limitaciones en el tiempo de las consultas médicas, hacinamiento en centros asistenciales, retraso en la práctica de exámenes necesarios, inagotables trámites administrativos para la práctica de exámenes o la obtención de medicamentos y otro tipo de dificultades se volvieron la cotidianidad de nuestro país.

La situación tampoco es mejor para el otro extremo de la ecuación, esto es, las instituciones y los profesionales encargados de la prestación del servicio de salud. Por una parte, en lo que tiene que ver con las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, el sistema de seguridad social partía de

una base en la que las instituciones atienden a los pacientes y posteriormente las entidades a las que estos se encuentren afiliados les deberían entregar los dineros que se hubieren generado en el tratamiento del paciente. Pero la ecuación falló cuando las entidades comenzaron a glosar -muchas veces sin fundamento- las cuentas presentadas por las instituciones, o incluso, a no pagar lo que efectivamente debían.

Así pues que las instituciones y las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud vieron mermados significativamente sus ingresos, lo cual generó una desmejora en la situación laboral de los profesionales de la salud. De esta manera se establecieron para los médicos sistemas de remuneración muy bajos que de ninguna manera permiten un pronto regreso de la inversión que ellos hacen en sus estudios y sistemas de cumplimiento de tiempos en lo que tiene que ver con la atención a pacientes, así como límites a la formulación de exámenes diagnósticos,[1] todo, como es lógico, con un criterio económico.

Como ejemplo de ello, la Sentencia del 8 de mayo de 1997 del Consejo de Estado de Colombia se refiere a un caso en el que una entidad hospitalaria se niega a realizarle una diálisis a un paciente por razones económicas. Se trata de un caso en el que la no práctica de la diálisis que requería el paciente se debe a que, por su estado general de salud, el paciente no tenía posibilidades de recuperación por lo que las autoridades de la institución hospitalaria entonces decidieron descartarlo como usuario del tratamiento para dárselo en cambio a alguien con mayores posibilidades de vida y así lo consignaron en la respectiva historia clínica (!). El Consejo de Estado en esta sentencia se refiere a los argumentos y la actuación del Hospital como "denigrante" e "infame".

---

[1] La no aplicación de todos los exámenes necesarios para la realización del diagnóstico genera responsabilidad para el profesional de la salud o para la institución de la salud según de quien provenga la decisión de no aplicarlos. Al respecto, sentencia del Consejo de Estado de Colombia del 10 de febrero de 2000. Interesante resulta a estos efectos hacer referencia a la Sentencia del Consejo de Estado del 17 de agosto de 2000, en la que la entidad demandada omitió realizarle a una parturienta exámenes indispensables para establecer el proceso de embarazo, como son el monitoreo uterino y el estudio pelvimétrico y, posteriormente, cuando la referida madre se presentó a la entidad para ser atendida en el trabajo de parto, "pese a presentar un estado de salud que ameritaba una atención médica urgente ("fuertes contracciones y sangrado vaginal"), la realización de la cesárea se produjo ocho horas después de haber ingresado a la clínica". Señala el Consejo de Estado que un "diagnóstico acertado y una atención médica oportuna y adecuada, habrían evitado el estallido del útero y la expulsión del *nasciturus* al abdomen de su madre, con las graves consecuencias para la salud de ambos".

En Colombia la situación llegó al extremo en el que las instituciones de salud negaban la salida de los pacientes por no pagar las cuentas. Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992.

El Tribunal Nacional de Ética Médica se ocupa en Sentencia del 28 de marzo de 2000 de un caso en el que, como consecuencia de una fractura en el cuello del fémur, una persona sufre problemas renales crónicos, por lo que es hospitalizada. Durante la hospitalización presenta un proceso infeccioso de la rodilla izquierda por el desplazamiento de los clavos colocados como consecuencia de la fractura. Tras haber sido valorada por el médico general y por el especialista, se le da una orden de hospitalización pero, al no estar al día con sus pagos frente a su Entidad Prestadora de Salud, no se le siguió presentando la atención hospitalaria.

Un caso aberrante es el que contiene la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 25 de junio de 2002, en el que una paciente es abusada en una primera ocasión por su médico tratante y debe regresar en dos ocasiones más al mismo médico tratante por cuanto era el único autorizado por su EPS para tratarla. En efecto, el médico abusó de ella en tres ocasiones. Para la fecha de los hechos la mujer contaba con escasos 17 años.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, Colombia, se ocupa de un caso en el que a una paciente se le realiza en una clínica privada un examen para determinar su condición física. El diagnóstico es de peritonitis para ser determinado por cirujano. Ocho horas después, el cirujano confirma el diagnóstico y la remite para cirugía. Al no contar con los recursos económicos para la cirugía, la paciente es operada por un cirujano residente. La intervención fue normal pero se abandonó una compresa en el cuerpo de la paciente (apósito quirúrgico de olor fuerte de 25 cm.de largo por 10 cm. De ancho).[2]

Los médicos igualmente tienen que subsistir, de manera que, por una parte acatan este tipo de políticas y, por otra, asumen simultáneamente varios turnos de trabajo para poder sobrevivir dignamente. Así, en Colombia no es infrecuente tener profesionales de la salud que tengan turnos de hasta veinte horas al día para poder sobrevivir, con las complicaciones y los riesgos que eso supone para

[2] Sentencia del 17 de febrero de 1999.

los pacientes e incluso encontramos casos de médicos que tratan de llevar a los pacientes que ingresan por el sistema de seguridad social a la consulta privada.

Como muestra de lo anterior tenemos el caso que plantea el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas en Sentencia de junio 28 de 1995. Se trata de una situación en la que una paciente es remitida a una institución desde una zona rural para ser intervenida quirúrgicamente. El médico que recibe a la paciente se niega a intervenirla expresando que el hospital no se encontraba en condiciones de realizar la cirugía, pero le manifiesta a su hija que si los gastos médicos del procedimiento son cancelados de manera particular, sí se cuentan con los recursos para garantizar el acto médico quirúrgico.

Ante una situación como ésta, es apenas lógico que se produzcan errores médicos, lo cual –y desde ya dejamos claro que el error es algo que puede o puede no presentarse– es un riesgo presente en toda actuación humana pero las condiciones legales, técnicas y humanas en Colombia hacen que cada vez su ocurrencia sea mayor.

La existencia de intermediarios en la prestación del servicio de salud generó una relación distante entre el médico y su paciente, paciente que será visto en adelante como un número y no como una persona y que encontrará en su camino por nuestro sistema de seguridad social una serie de intermediarios y una falta de continuidad en el tratamiento que pone en riesgo su existencia misma[3/4]. Ese trato distante e inhumano que reciben nuestros pacientes o sus familiares por parte de los profesionales de la salud genera roces y conflictos entre los médicos y los pacientes o sus familiares, conflictos que usualmente terminan en la interposición de denuncias o demandas en contra de los profesionales de la salud, las que cada vez son mayores.

---

[3] Señala el Tribunal Nacional de Ética Médica: "*…hoy la medicina por sus portentosos adelantos tecnológicos ha adquirido unos costos económicos excesivamente altos y que, por los cambios políticos, legislativos económicos y sociales que se han presentado en los últimos años el ejercicio de la medicina como se había venido haciendo durante muchos años se ha modificado de manera sustancial y hoy la clásica relación médico-paciente ha desaparecido de manera casi total*" Sentencia del 28 de marzo de 2000.

[4] El Consejo de Estado en Sentencia del 11 de diciembre de 1992 se ocupa de un caso en el que una persona fue tratada como un número y no como una persona, lo cual denota la despersonalización y lo indigno del sistema de salud en Colombia. Señala la Corporación: "*lo trataron como el paciente de la pieza número, lo mandaron a un laboratorio como un número*".

Estas denuncias o demandas usualmente se originan a partir de este mal trato del cual han sido víctimas, como una venganza contra el profesional de la salud, y surgen como una *vindicta* de la familia contra el médico más que como una reclamación derivada de un error en la práctica médica, lo cual explica que en la mayoría (6 de 10) de los procesos que en Colombia cursan contra los médicos, los mismos resultan absueltos.

En la medida en que los Tribunales fueron profiriendo condenas en contra de los profesionales de la medicina, y en una actitud apenas comprensible por parte de estos últimos, se generó una actitud de prevención en el ejercicio de la actividad médica, en la que los profesionales de la salud ejercen su profesión de manera tal que eviten la posible interposición de demandas por parte del paciente o sus familiares, lo que se conoce como la *medicina defensiva.* En ejercicio de esta novedosa tendencia, insistimos, cautelar en el ejercicio de la profesión con miras a evitar una interposición de una reclamación judicial por parte del paciente o sus familiares, los médicos han generado conductas como la de evitar cualquier situación o afirmación que pueda generar esperanza a la hora de transmitir el diagnóstico, contrariando su deber legal de apoyo y acompañamiento al paciente, lo cual los muestra como seres distantes e insensibles frente a los pacientes o a sus familiares, generando el efecto contrario, esto es, el incremento en las reclamaciones.

La realidad es entonces muy preocupante. Por un lado, unos profesionales de la salud que laboran en condiciones difíciles, y por el otro, unos pacientes que encuentran un médico distante, descortés y que, por esas mismas condiciones laborales, no puede desarrollar su labor en debida forma. Esto ha desencadenado en un incremento sustancial de la interposición de denuncias y demandas por parte de los pacientes, lo que a su vez ha generado un creciente número de pronunciamientos jurisprudenciales, cada vez más exigentes frente a los profesionales de la salud, tendencia que no solo se presenta en nuestro país, sino que se encuentra presente con la misma intensidad en otras latitudes, como pasamos a analizar a continuación.

II

Los errores médicos no son, en absoluto, algo de los tiempos recientes, pues en la medida en que su ejercicio es tan antiguo casi como la misma humanidad, y, en la medida en que se ejerce por personas falibles por naturaleza, es claro que siempre han existido eventos en los que la intervención del curandero, en vez de favorecer la salud del paciente, la perjudica.

Sí es de tiempos relativamente recientes que los profesionales de la salud se encuentren a sí mismos en el banquillo de los acusados en los juicios por responsabilidad médica, juicios de carácter civil o administrativo, y, en tiempos más recientes, penales. En un principio, ni siquiera se iniciaban estos procesos, por la dignidad que al interior de la comunidad ostentaba el médico, pero, posteriormente y en una tendencia cuyo origen se encuentra en los Estados Unidos, se iniciaron los procesos por mala práctica médica, y esta tendencia fue rápidamente haciendo ahínco en diferentes Estados. Se trata, en todo caso de una tendencia cuyos inicios son de principios del Siglo XX pero cuyo mayor desarrollo se da en la segunda mitad del mismo siglo.

Durante la segunda mitad del Siglo XX los Tribunales comenzaron a condenar a los profesionales de la salud por hechos lesivos y empezó a gestarse la construcción teórica de la responsabilidad médica, con unas categorías apegadas a las de la responsabilidad civil en general y siguiendo los lineamientos que hasta el momento había trazado la teoría general del delito. Así mismo, se redactaron diferentes estatutos en los que se recogían los principios y la estructura de la responsabilidad médica, ejemplo de lo cual encontramos la Ley 23 de 1981, Código Colombiano de Ética Médica, y su reglamentación correspondiente, así como la Ley 41 de 2002 en España, Ley de Consentimiento Informado.

Consolidada ya la estructura y la teoría del acto médico, así como establecidas y decantadas ya las categorías de la responsabilidad médica, y existiendo ya las regulaciones pertinentes, la última mitad del siglo XX se presentaba simplemente como el establecimiento y el desarrollo de estas categorías, pero lo que realmente sucedió fue un incremento sustancioso en las reclamaciones por parte de los pacientes en contra de los profesionales de la salud, ante las diferentes jurisdicciones y, una reacción hacia esta situación por parte de los Tribunales frente a las situaciones que se presentaban consistente en una progresiva adecuación de las categorías jurídicas hasta entonces consolidadas con el fin

de condenar a los profesionales de la salud y establecer nuevas exigencias de comportamiento para ellos.

Esto es particularmente evidente en el caso colombiano, en el que el incremento en las reclamaciones, aunado a la desmejora en la prestación de los servicios de salud y al número creciente de reclamos y quejas por parte de los pacientes, condujo a un tercer momento en la evolución de la responsabilidad médica en nuestro país, en la que las decisiones judiciales son cada vez más drásticas frente a los profesionales de la salud, creando incluso categorías específicas para exigir un mayor grado de responsabilidad en aquellos casos en que el daño sea causado por un médico, categorías que no se aplican en los demás casos de responsabilidad.[5]

Como ejemplo de ello citamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que denotan esta tendencia en Colombia, como lo es el construir nuevas categorías de responsabilidad que implican un mayor compromiso para el profesional de la salud y que reflejan un interés por proteger, por la vía de decisiones judiciales, la parte más débil de la ecuación que supone el acto médico, el paciente. Antes de iniciar debemos señalar que en esta evolución ha jugado un papel trascendental el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia es la que ha establecido los nuevos conceptos de avanzada en materia de responsabilidad médica. Y ello es de gran importancia para la cotidianidad de los usuarios del sistema de salud, en tanto que la mayoría de ellos acuden a entidades públicas cuando se trata de afecciones a su salud. Hecha esta salvedad, procedemos a probar nuestra afirmación a partir del análisis de una serie de instituciones que demuestran la tendencia a exigir cada vez más, responsabilidad a los profesionales de la salud.

---

[5] En el caso francés se aprecia igualmente una tendencia a una cada vez mayor exigencia a los profesionales de la salud. Así, jurisprudencialmente se había establecido la responsabilidad del médico solo ante riesgos conocidos, previsibles –a título de ejemplo, puede consultarse, por ejemplo, el famoso caso Bianchi–. En una trascendental decisión del 15 de enero de 1999 la Corte de Apelaciones de París afirmó la responsabilidad de un profesional aún cuando el daño que se le ocasionó al paciente era una complicación hasta entonces desconocida y aún en ausencia de culpa. Se trata de un caso en el que un paciente luego de una osteotomía de la infraestructura maxilar superior bajo anestesia queda con ceguera total del ojo derecho. Lo que sucedió fue que la paciente había sido víctima de un accidente vascular debido a la onda de choque provocada por el impacto del cincel sobre el diente y la obstrucción de la arteria oftálmica que privó el ojo derecho de toda irrigación, lo que provocó la ceguera.

En primer lugar, encontramos lo sucedido en la jurisprudencia penal en relación con la coautoría en el delito culposo.[6] Doctrinalmente aún es bastante discutida la posibilidad de establecer la coautoría en el delito culposo, en tanto que se entiende que en este nivel se maneja un concepto causal de la autoría en el entendido de que autor es quien causa el resultado,[7] lo cual se desprende de la lectura misma de la manera en que se encuentran redactados los delitos imprudentes en la parte especial del Código Penal, que establecen fórmulas como "*el que por culpa matare a otro*" para el homicidio culposo o "*el que por culpa causare lesiones a otro*" para el caso de las lesiones personales culposas[8/9].

Adicionalmente, la exigencia del acuerdo previo para la coautoría hace inviable que se pueda aplicar esta figura al delito culposo, en el que no se presenta, precisamente, el acuerdo sobre la causación del resultado. En Colombia la jurisprudencia nunca se había referido a un evento de coautoría en delitos culposos, a pesar de existir una considerable cantidad de pronunciamientos sobre el delito imprudente en el punto del homicidio culposo y especialmente el peculado culposo.

Pues bien, en sentencia del 8 de noviembre de 2007 Colombia tomó partido por admitir la coautoría en los delitos imprudentes, precisamente, en punto de la responsabilidad médica.

---

[6] Un interesante caso en el que hay intervención imprudente de dos médicos y se produce un resultado lesivo lo trae la sentencia del 16 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Se trata de un caso en el que un paciente ingresa para ser intervenido quirúrgicamente porque padece de una orquiepididimitis. Tras la operación, el paciente se encuentra en cama y transmite a los médicos una serie de molestias que lo afectan. Por ello, el médico A formula una serie de medicamentos. Este médico, por ser quien ha tenido mayor contacto con el paciente, conoce que éste es alérgico a la estreptomicina. Posteriormente, el médico B, quien no tenía relación anterior con el paciente y no había sido informado por el médico A sobre la alergia del paciente, aplica un medicamento que contiene penicilina y estreptomicina, este último, antibiótico al que el paciente es alérgico. El paciente fallece como consecuencia de una reacción instantánea al medicamento.

[7] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Trad. De CANCIO MELÍA, Manuel y SANCINETTI, Marcelo. Ed. Thomson Citivas. Madrid, 2000, p. 441.

[8] Ibíd.

[9] El Código Penal Italiano contiene una norma expresa sobre la exigencia de la causalidad. Señala la norma que el evento dañoso o peligroso del cual depende la esencia del delito debe ser la consecuencia de la acción u omisión del agente. Sobre esto, PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale. Parte Generale*. G. Giappichelli Editore. Turín, 2005, p. 227. DONINI, Massimo. *Illecito e colpevolenza nell`imputazione del reato*. Dott A. Giufré Editore, Milano, 1991, p. 292. PULITANO, Domenico. *Diritto penale*. G. Giapichelli Editore. Turín, 2005, p. 214.

Se trata de un caso en el que a una mujer en estado de aproximadamente 25 semanas de embarazo se le había diagnosticado una '*placenta previa*', e ingresó un Hospital de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió un médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta 2 días después.

Debido a que volvió a sangrar, la mujer ingresó una vez más al Hospital siete días después, en donde fue atendida en un principio el director del Hospital, quien, entre otras cosas, le realizó un tacto vaginal para efectos de determinar la gravedad de su estado.

En los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente estuvo a cargo del médico que la había atendido la primera vez, quien posteriormente consideró necesaria la remisión de la paciente a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento. Después de intentar de manera infructuosa que la paciente fuera recibida por las vías regulares en otra institución, su esposo, ante la sugerencia de los doctores, salió por sus propios medios en compañía de la mujer con el fin de que fuera atendida de urgencias en otro el hospital en donde fue recibida doce días después de su primera llegada al hospital.

Habiendo sido intervenida quirúrgicamente en dicho centro hospitalario, la mujer dio a luz de manera prematura a una criatura pero, debido al estado en que se encontraban y a que no presentaron mejoría alguna, los dos fallecieron. El juzgado que conoció del proceso los condenó como coautores de homicidio culposo a la pena de 36 meses de prisión.

Tras realizar una juiciosa disquisición sobre la teoría de la imputación objetiva, la Corte Suprema de Justicia realiza una diferenciación entre la coautoría propia y la impropia, señalando que la primera se presenta en el caso en el que varias personas causan, sin acuerdo previo, un resultado (autorías paralelas). Por su parte, se presenta la coautoría impropia -en criterio de la Corte- cuando concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

Tras hacer diversas citas de diferentes autores, la Corte entiende que en el delito imprudente puede concurrir lo que ella denominó coautoría propia, por lo que mantiene en firme la condena en contra de los dos médicos. Nótese cómo

en este caso se crea por parte de la Corte Suprema de Justicia una nueva categoría, como lo es la coautoría en el delito culposo, para exigir una mayor responsabilidad a los profesionales de la salud, con lo que ya podemos empezar a comprobar el incremento de la exigencia de responsabilidad hacia estos profesionales.

Sobre la coautoría en el hecho imprudente, encontramos un antecedente en el ámbito disciplinario, en el que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en Sentencia del 12 de noviembre de 1992, se refirió a un caso en el que un docente permite que un residente de gineco-obstetricia aún no suficientemente adiestrado practique una cesárea sin su vigilancia. Debido a un error en el tratamiento, la vejiga de la parturienta se rompió, siendo procesados –insistimos que disciplinariamente- los dos por el hecho imprudente.

En esta tendencia de mayor exigencia de responsabilidad hacia los profesionales de la salud encontramos, en segundo lugar, lo sucedido en punto de la solidaridad en la responsabilidad civil derivada del abandono de compresas o material quirúrgico en un paciente. Si bien el caso no cuenta con un antecedente jurisprudencial específico que nos permita mostrar la evolución del tema en nuestra jurisprudencia, a nivel doctrinal estos casos se manejaban por la vía de la responsabilidad directa del encargado del conteo de las compresas, y se exoneraba de responsabilidad a los demás miembros del equipo médico.

En la Sentencia del 18 de mayo de 1995 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana estableció la solidaridad en la responsabilidad derivada del abandono de compresas o material quirúrgico en el cuerpo del paciente entre todos los miembros del equipo médico. En este importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia entiende que no solamente el médico es responsable de manera solidaria en aquellos eventos a los que estamos haciendo referencia, por cuanto es su obligación examinar las cavidades del paciente a fin de determinar la presencia de material quirúrgico en su humanidad, sino que además su responsabilidad es de "mayor entidad" frente a la de los demás miembros del equipo médico como responsable del equipo.[10]

---

[10] Esta sentencia además permite la acumulación, en una misma demanda, de pretensiones de índole contractual y extracontractual.

En tercer lugar tenemos la aplicación de la carga dinámica de la prueba para relajar al paciente en cuanto a los requerimientos probatorios y establecer un mayor esfuerzo para el profesional de la salud.

En este punto, la evolución ha venido por cuenta de la jurisprudencia del Consejo de Estado,[11] quien había sostenido en un comienzo que se aplicaba el régimen de la culpa probada al ser la obligación médica de medios y no de resultados.[12] Esta postura fue criticada en varios fallos, -v. gr. fallo del 24 de octubre de 1990[13] y finalmente se modificó en el célebre fallo del 30 de julio de 1992 en donde ya se adopta la tesis de la falla del servicio presunta. En adelante, como lo advierte el mismo Consejo de Estado, y de acuerdo con esta nueva tesis, deberán ser las entidades públicas demandadas quienes están en la obligación de probar la debida prestación del servicio para exonerarse

---

[11] Esta tendencia jurisprudencial no es compartida por la Corte Suprema de Justicia, que plantea que "*la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante(...) el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de 'los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina'".* Sentencia del 30 de enero de 2001.

[12] En este primer régimen, correspondía al paciente comprobar: Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente, que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio y que entre aquélla y ésta existió una relación de causalidad. Consejo de Estado, Sentencia del 24 de agosto de 1992. Un ejemplo de este anterior régimen lo encontramos en la sentencia del 28 de junio de 1984 en la que, luego de un programa de vacunación contra la viruela realizado en una escuela de Medellín, una menor resultó afectada de mielitis transversa con nivel sensitivo y motor DIO y compromiso de esfínteres vesical y rectal y posterior deceso. En este caso se absuelve a la entidad que realizó la vacunación por no haberse acreditado su culpa.

[13] Se trata de un caso increíble en el que una señora de 41 años de edad asiste a un centro asistencial a realizarse una ligadura de trompas, y, como consecuencia de una indebida intervención médica, se le generó una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores con incontinencia urinaria y fecal de carácter permanente.

de responsabilidad,[14] liberando al paciente de probar la culpa médica en cada caso.[15/16]

Como puede inferirse, el relajar al paciente de la prueba de la falla médica y radicar esta obligación procesal en el profesional de la salud igualmente supone, como es evidente, una carga adicional para los facultativos, quienes antes estaban liberados de esta carga, y, por ende, se compadece con la evolución a la que estamos haciendo referencia.

En esta evolución, encontramos que no solamente el Consejo de Estado establece que es el demandado profesional de la salud quien debe acreditar lo adecuado de su actuación para exonerarse de responsabilidad, sino que además relajó la actividad probatoria del demandante en punto de la prueba del nexo de causalidad,[17] cuando señaló que ésta "*queda probada cuando*

---

[14] Según la tendencia actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las formas que tendría la Administración para liberarse de responsabilidad en asuntos de responsabilidad médica serían "demostrar que el daño por el cual se acciona, se produjo a pesar de la suficiente diligencia y cuidado suyo, o que sobrevino por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero". Sentencia del 24 de enero de 2002.

[15] Es necesario aclarar que en esta cuestión el Consejo de Estado ha trazado una diferenciación "*entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad".* Se trata de un caso en el que un recién nacido se cae y el equipo de entubación se encuentra bajo llave por lo que no se logra brindarle la atención médica que necesita con un desenlace fatal, la muerte del menor. Señala sobre esta distinción el Consejo de Estado que "*Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuencialmente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.*" Sentencia del 11 de noviembre de 1999.

[16] Señala el Consejo de Estado en la Sentencia del 13 de agosto de 1992 que al paciente le corresponde probar la existencia de un tratamiento médico o una actividad quirúrgica y que se produjo un daño, presumiéndose que este último lo ocasionó le servicio médico.

[17] El Consejo de Estado señala que "*la ausencia de nexo causal corresponde a la parte que se sitúa en condiciones más favorables para demostrar la imputabilidad.*" Sentencia del 24 de enero de 2002.

los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad".[18]

La tesis de la culpa presunta que aplica el Consejo de Estado no ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que sostiene el régimen de culpa probada, es decir, incumbe al demandante el acreditar la culpa del profesional de la salud.[19]

En efecto, el estudio sobre esta cuestión se inicia con la paradigmática sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940. En ella, que consideramos marca el criterio que en adelante, la Corte seguirá aplicando aún en nuestros días, y es determinar la carga de la prueba a partir de la diferenciación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

En esta primera ocasión, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señala que por regla general la obligación asumida por el profesional de la salud es de medios y por ende es al paciente a quien corresponde probar la culpa del profesional de la salud. Por el contrario, en el caso de las cirugías plásticas con fines estéticos, al ser obligaciones usualmente contractuales en las que el médico se obliga a un resultado, será a éste a quien le corresponda acreditar la falta de culpa en su actuar. Es importante señalar que en esta primera sentencia la Corte señala que no solamente el paciente debe probar la culpa médica por regla general, sino que además le incumbe acreditar que el error fue "grave".

---

[18] Sentencia del 3 de mayo de 1999.

[19] Sentencia del 26 de noviembre de 1986. Este criterio es igualmente aplicado por el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, que en sentencia del 13 de julio de 1987 sostuvo que la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobreviniente incumbe probarla al paciente. Igual, lo mantiene en la sentencia del 28 de febrero de 1995. Sin embargo, en punto de manejo de fármacos objetivamente peligrosos para terceros señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia del 17 de junio de 1989, que corresponde al médico anestesiólogo probar su diligencia en el manejo de los fármacos. Vale la pena destacar la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, del 2 de diciembre de 1997 en la que una persona se somete a un tratamiento para alcanzar una estatura superior a la que tenía, puntualmente, quería crecer siete centímetros más. Se sometió a una intervención que no terminó de manera exitosa quedando la paciente con las siguientes secuelas: ocho cicatrices en cada una de las piernas, pues en equino con rigidez a la movilidad de ambos tobillos de 10° en el derecho y 30° en el izquierdo y limitación global a la movilidad de los dedos del pie derecho, dismetría de 1,5 centímetros, parestesias por afectación del nervio peroneal y tibial y pérdida de fuerza muscular en la pierna derecha, triple artrodesis en el pie derecho. El Supremo señala que en este caso estamos frente a una obligación de resultados en el que se presume la culpa del médico. El Tribunal Supremo establece dos eventos en los que se invierte la carga de la prueba que son: a. cuando el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia y cuando b. se presenta obstrucción o falta de cooperación del médico constatada por el Tribunal. Tribunal Supremo Español. Sentencia del 26 de junio de 2006.

En sentencias del años 1942 (14 de marzo de 1942) y 1959, la Corte señala que el régimen previsto en el Código Civil para las actividades peligrosas es aplicable a la actividad médica,[20] con lo que mantiene el régimen señalado en la sentencia antes citada del año 1940, postura que reiterará en las sentencias de 12 de septiembre de 1985, 26 de noviembre de 1986, 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994, y 8 de septiembre de 1998. Esta tesis tiene su más reciente pronunciamiento en la sentencia del 30 de enero de 2001.[21]

Como puede apreciarse, tenemos en la actualidad una disparidad de criterios en lo que tiene que ver con la carga probatoria que le compete al paciente, pues mientras que el Consejo de Estado lo relaja en lo que tiene que ver con la acreditación del error médico e incluso con la prueba del nexo causal, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil mantiene el régimen de culpa probada, con lo que el paciente debe demostrar todos los elementos de la responsabilidad, esto es, el error médico o culpa profesional, el daño y el nexo causal entre la culpa médica y el daño.

En lo que tiene que ver con la evolución jurisprudencial en Colombia en punto de la carga de la prueba de la imprudencia médica encontramos, a renglón seguido, un reciente pronunciamiento (22 de enero de 2008) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su Sala de Casación Laboral en el que este Alto Tribunal sostuvo dos cosas, en nuestro criterio, muy importantes que pasamos a comentar.

En primer lugar, la Sala señala que la competencia para conocer de los casos de responsabilidad médica en casos en que la prestación del servicio se hubiere realizado por las instituciones prestadoras de la Seguridad Social (que por supuesto constituyen la mayoría de los casos) recae en ella y no en la Sala de Casación Civil, cuya competencia estaría, de acuerdo con esta tesis, restringida a los casos de prestación del servicio médico derivados de la relación con-

---

[20] Sentencia del 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pp. 759 y ss.), en la que se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era *"aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas"*.

[21] En el derecho argentino, se admite la teoría de la carga dinámica de la prueba y se señala que, si bien la obligación del médico es de medios, corresponde por lealtad procesal probar que los "*padecimientos sufridos por el autor no se debieron por su culpa y que actuaron de acuerdo a las reglas del arte"*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, Sala F, Sentencia del 21 de julio de 2006.

tractual médico-paciente (escogencia libre del médico por parte del paciente y aceptación del tratamiento por parte del facultativo).

En segundo lugar, en esta sentencia la Corte asume el criterio del régimen de culpa presunta cuando literalmente señaló que "*…si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o el padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muerte, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, la misma que se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, solo las puede dar un especialista y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado…*".[22]

Así pues que el régimen de culpa probada, que por supuesto implica un mayor esfuerzo para los pacientes demandantes, se aplicará en la menor parte de los casos que aquellos en que el acto médico tiene origen en una relación contractual, mientras que la culpa presunta que relaja al paciente e implica una mayor carga probatoria para el profesional de la salud se aplicará en la mayoría de los casos, como lo son aquellos en que el acto médico tiene su origen en la seguridad social en punto del servicio de salud.

Es importante señalar que en los casos en que el acto médico tenga un origen contractual y el objeto del contrato sea la realización de procedimientos estéticos, la obligación será de resultados –de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil– por lo que igualmente aplicará el sistema de culpa presunta.

En resumen, dentro de la tesis que estamos argumentando en este momento, hemos sostenido que en los tiempos recientes se han aumentado las exigencias de responsabilidad a los profesionales de la salud en actuaciones propias de lo que se conoce como "acto médico". En dicha materia, uno de los puntos que mejor muestra esta situación, en nuestro criterio, es el trasladar exigencias procesales, y específicamente probatorias que originariamente se encontraban en cabeza del paciente, al profesional de la salud. En este punto, como lo hemos demostrado, el Consejo de Estado pasa de un régimen de culpa probada a

[22] Sentencia de enero 22 de 2008.

uno de culpa presunta, en el que el médico es quien debe probar lo correcto de su actuar. Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mantiene un criterio de culpa probada salvo en lo que tiene que ver con obligaciones de resultado, pero, en un reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de la misma corporación entiende que en los casos de demandas por usuarios del sistema de seguridad social en salud es el profesional de la salud quien debe acreditar lo correcto de su actuar.

Dentro de esta tendencia encontramos, en cuarto lugar, que obligaciones que tradicionalmente eran consideradas de medios adquieren ahora –gracias nuevamente a una evolución jurisprudencial– la categoría de obligaciones de resultados, como sucede, por ejemplo, en el campo de la obstetricia (especialidad que abarca el mayor número de procesos en contra de los médicos en Colombia), que en un principio se trabajaba como una obligación de resultados, pero que, a partir de la Sentencia del 17 de agosto de 2000, pasa a ser entendida como obligación de resultados.

Al respecto, señala el Consejo de Estado de Colombia:

> En el campo de la obstetricia, definida como "la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero", la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles… En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

En quinto lugar, y siguiendo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, encontramos una evolución jurisprudencial en la que es posible la condena a profesionales de la salud por la denominada "pérdida de oportunidad"[23] cuando, a pesar de haber obrado correctamente de acuerdo con el estado de la ciencia, o cuando no existe certeza sobre la causa del resultado lesivo para el paciente, por una omisión en el cumplimiento del deber de información, en la elaboración del diagnóstico,[24], [25] e incluso por apresuramiento en la realización de un tratamiento,[26] se privó al paciente de la posibilidad de rehusar el tratamiento o

[23] El Consejo de Estado, en Sentencia del 15 de junio de 2000 se ocupa de un caso en el que un paciente sufre un accidente automovilístico como consecuencia del cual sufre una serie de lesiones a nivel craneal. Al paciente no se le practican los exámenes necesarios y posteriormente fallece. En este caso, el Consejo de Estado señala que si bien no es posible establecer que la omisión en la práctica de los exámenes sea la causa de la muerte, sí es posible señalar que si se hubiere obrado con la debida diligencia y cuidado no se hubiese hecho perder al paciente el chance o la oportunidad de recuperarse. El Consejo de Estado en Sentencia del 26 de abril de 1999 señala que los elementos de la pérdida de la oportunidad son: 1. Culpa del agente, 2. ocasión perdida que se traduce en el perjuicio, 3. ausencia de prueba de la relación causal entre la ocasión perdida y la culpa del agente, teniendo en cuenta que esa ocasión perdida es una probabilidad lo que hace que la culpa del agente no sea una condición sin la cual se frustre el resultado. Esta tendencia aparece igualmente en la jurisprudencia española, en la que encontramos un importante pronunciamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 6 de marzo de 1995. Se trata de un caso en el que un niño arroja al hijo de los padres demandantes una piedra en la cabeza. Los padres llevan al niño al centro asistencial, donde no hay una persona que realice un encefalograma. El niño fallece. En la Sentencia el Tribunal Supremo afirma que hay una negligencia del centro asistencial por no contar con una persona que realice este examen, pues si se hubiere realizado el encefalograma a tiempo, el menor hubiera tenido una mayor oportunidad de que se le realizara una cirugía más efectiva que la que se le realizó. En Francia, podemos citar la Sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 15 de noviembre de 2001 en la que los hechos son los siguientes: tras una intervención quirúrgica se confía un paciente a un médico de guardia quien durante cinco horas no detecta un hematoma que creó una complicación respiratoria. Según la Corte, estas cinco horas constituyen una pérdida de oportunidad para el paciente quien no hubiera sido víctima de una hemiplejia si hubiera sido operado antes.

[24] Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 1999. Señala el Consejo de Estado en este caso que la no realización de exámenes pertinentes que hubieran permitido efectuar un adecuado diagnóstico hizo que el paciente perdiera la oportunidad de obtener un tratamiento idóneo que le permitiera tener mayores opciones de preservar su vida.

[25] El Tribunal Supremo Español señala que la pérdida de oportunidad se puede presentar en los errores en el diagnóstico, el diagnóstico tardío e incluso en la fase del tratamiento cuando éste es tardío. Tal tardanza, si bien no produce la enfermedad del paciente, disminuye las posibilidades de curación. Sentencia del 8 de noviembre de 2007.

[26] La jurisdicción administrativa francesa se ocupa de un caso en el que los médicos obraron de manera apresurada realizando una histerectomía en la paciente, sin haber hecho un segundo examen de verificación del diagnostico de cáncer que hizo perder a la paciente la oportunidad de sustraerse a una intervención quirúrgica en parte inútil. CAA de París, Sentencia del 7 de mayo de 2002.

de recibir otra terapia. Se trata de un caso muy interesante y una decisión trascendental que procedemos a comentar a continuación.

Se trata de la trascendental sentencia del 24 de enero de 2002, en la que se aborda un asunto en el que un Sargento Primero del Ejército de Colombia en uso de buen retiro es internado en un hospital para operarse de una lesión tumoral en el cuello (Glomus carotídeo de 8 x 6 cm.). Los facultativos les informaron tanto al paciente como a su cónyuge que la intervención era para mejorar el estado de salud del paciente y los riesgos de la operación fueron conocidos hasta después de realizada. Llevada a cabo la intervención (Cervicotomía en J y resección de Glomus Carotídeo), el paciente fue remitido a habitación pero tenía una congestión en la garganta que le impedía hablar.

Al día siguiente de la operación un facultativo de la institución le informó a la esposa del paciente que lamentablemente éste había quedado paralizado del lado derecho –lo cual le impidió volver a caminar- y sin habla, por lo que estuvo cuatro meses interno en el hospital.

A lo largo del proceso se estableció que la actuación de los facultativos había sido correcta desde lo técnico y que el resultado lesivo para el paciente era un riesgo que, atendiendo sus condiciones particulares, se desprendía del procedimiento a pesar, se insiste, de que el mismo había sido correctamente realizado. Era, en otras palabras, un riesgo inherente a la intervención.

Sin embargo, a pesar de lo correcto del procedimiento,[27] se estableció que dicho riesgo no había sido informado al paciente, por lo que se entiende que éste perdió la oportunidad de oponerse a la intervención generando una responsabilidad en cabeza del Estado por la cual debe ser indemnizado.[28/29]

Nótese cómo, dentro del marco argumentativo que manejamos en este momento, es claro que ni siquiera obrando de conformidad con la *lex artis* los

[27] Es de anotar que el fallo de primera instancia había absuelto a la parte demandada considerando que los profesionales de la salud habían obrado correctamente, como en efecto se estableció en el curso del proceso.

[28] La oportunidad, señala el Consejo de Estado en esta sentencia, se refiere a que la el paciente hubiera tenido la oportunidad, si bien no de curarse, de no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba antes del procedimiento. Igual puede consultarse la sentencia del mismo Consejo de Estado del 14 de junio de 2002.

[29] Se trata de un concepto que ya había sido desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, que señala que la práctica médica puede ser impecable pero cuando se produce un daño como consecuencia de un riesgo rutinario pero no informado, hay responsabilidad del médico.

profesionales de la salud pueden considerarse a salvo de una condena en los estrados judiciales, pues, en casos como el presente, a pesar de lo correcto del procedimiento, se produce una condena por infracción al deber de información. Esto constituye claramente una muestra de la tendencia a la que nos hemos referido en este apartado, como lo es el de un incremento en la exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud.

En el ámbito del derecho comparado encontramos dos nuevas tendencias que, si bien aún no se presentan a nivel jurisprudencial en Colombia, sí denotan que esta propensión hacia la mayor exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud no es exclusiva de nuestro país. La primera de dichas tendencias se refiere a las indemnizaciones derivadas de los denominados *wrongful birth* o *wrongful life* y el adelantamiento de la protección penal de la vida mediante el delito de homicidio hacia el inicio de las contracciones uterinas, a lo cual nos referimos a continuación.

Hacemos referencia en primer lugar a *wrongful birth* y *wrongful life*. En el caso del *wrongful birth* se trata de procesos en los que los padres, debido a una deficiencia en la información por parte del profesional de la salud sobre el estado del feto, no pudieron ejercer su derecho al aborto. El desarrollo de estas reclamaciones ante los Tribunales surge en los Estados Unidos en la década de los setenta en la que mejoran las posibilidades de los diagnósticos prenatales y en la que se establece el sistema de plazos para el delito de aborto a partir de la célebre sentencia de la Corte de California del año 1976.

Esta tendencia originada en los Estados Unidos se extiende a Europa a finales del siglo XX y hoy en día encontramos sentencias en España, Alemania, Francia y Holanda al respecto.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre este tipo de casos, como sucedió en la sentencia del 6 de junio de 1997, Sala Civil del Tribunal Supremo, en la que ante una situación derivada de un diagnóstico de alto riesgo para la gestante y el menor se prescribe la realización de una prueba de amniocentesis. La prueba fracasó y ello no se le comunicó a la gestante sino hasta dos meses después, cuando ya estaban vencidos los plazos para la interrupción del embarazo. La madre da a luz un niño afectado por el síndrome de Down. El Tribunal Supremo condenó al servicio de salud a indemnizar a la madre.

Como lo señala acertadamente el Tribunal Supremo, lo que se indemniza en estos casos –*wrongful birth*- no es el nacimiento *per sé* sino que lo indemnizable es la privación del derecho a optar si se produce o no el nacimiento (sentencia del 4 de febrero de 1999). En igual sentido, el Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, en Sentencia del 19 de julio de 2007, se ocupa de un caso en el que una paciente, con 41 años de edad y con antecedentes familiares de síndrome de Down, acude al médico para solicitarle practicar las pruebas necesarias para detectar la presencia de una anomalía cromosómica que determinase la gestación del niño con este síndrome, caso en el cual manifestó su intención de interrumpir el embarazo. Se convino en la práctica de amniocentesis que arrojó la normalidad de la criatura por venir, razón por la cual la madre continuó la gestación. Al momento del nacimiento, se establece que el niño sufre síndrome de Down por lo que los padres demandan al profesional de la salud para que los indemnice por la deficiencia en la información a lo largo del acto médico. El Tribunal condena al médico por haber privado a los padres de la posibilidad de interrumpir el embarazo.

Claramente esto solo será posible en aquellos regímenes en los que se aplica el sistema de plazos en el aborto, sistema que, como es sabido, aparece en la célebre sentencia del Estado de California de 1976. En regímenes como el colombiano donde no se entiende el aborto como un derecho por ser inaplicable el sistema de plazos, pronunciamientos como éstos, por ahora, no se vislumbran.

En el caso del *wrongful life*, se trata de una demanda impetrada por el hijo –que usualmente obrará representado por sus padres por lo que no es insólito que en un mismo suceso se planteen demandas por parte de los padres (*wrongful birth*) y del hijo (*wrongful life*)- en contra del profesional de la salud por haber nacido con una anomalía no detectada por parte del profesional de la salud en los exámenes prenatales, o, habiéndolas detectado, el facultativo no informó a sus padres sobre la existencia de las mismas, de manera que, si el médico no hubiese cometido esta omisión en el deber de información, la criatura no habría nacido y no estaría soportando el sufrimiento propio de su enfermedad.

Se trata de casos en los que no se le imputa al médico la anomalía, sino la omisión en detectarla o transmitirla a los padres lo cual hace que el niño tenga que llevar una vida de sufrimiento. En estos casos el monto indemnizable corresponderá a los daños económicos que suponen el llevar una vida enferma

y el hecho mismo de haber nacido, pues quien demanda considera que hubiera sido mejor para él jamás haber nacido y por ende no tener que vivir en sus condiciones.

Una de las sentencias más importantes sobre el *wrongful life* es la proferida por la Sala de Casación Civil francesa, del 17 de noviembre de 2000. Se trata de un caso en el que un joven llamado Nicolás Perruche, quien nació discapacitado, acudió a la jurisdicción para reclamar una indemnización basado en que su madre sufrió de rubeola durante el período de gestación y, por un error en los exámenes, los médicos no informaron a la gestante sobre su enfermedad y los riesgos para el menor, sino que la instaron a continuar con el embarazo, impidiéndole su derecho al aborto. En la medida en que la madre no conocía los riesgos para la salud del menor, no interrumpió el embarazo, lo cual conllevó que la vida del menor Nicolás estuviera marcada por el padecimiento de diversas dolencias físicas.

Como podrá apreciarse, las sentencias por *wrongful birth* y *wrongful life* constituyen una muestra más de la progresiva exigencia de responsabilidad, pues claramente estamos frente a categorías jurídicas previamente inexistentes creadas para proteger a los pacientes y para establecer una mayor exigencia y unas consecuencias directas a la infracción del deber de información por parte de los profesionales de la salud.

Por último en este aparte, especial atención merece el adelantamiento del momento en que penalmente inicia la protección de la vida a través del delito de homicidio y la consecuente finalización de la protección de la vida mediante el delito de aborto como una muestra más del incremento de los niveles de exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud.

La concepción tradicional sostiene que la vida inicia con la concepción y la protección penal de la misma se realiza mediante el tipo de aborto a partir de la anidación y hasta la separación del feto de la madre añadiendo la respiración por parte de aquel como requisito para el inicio de la protección de la vida mediante el tipo de homicidio.

En palabras del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal (sentencia del 26 de octubre de 1996), para estas concepciones, la diferencia entre la expectativa de vida y la vida propiamente dicha se da con *"la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical".* En esta misma

sentencia, afirma el Supremo que "*este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen",* para posteriormente, en otro pronunciamiento, adelantar la barrera de protección de la vida mediante la incriminación a través del delito de homicidio a partir de las contracciones uterinas en el célebre pronunciamiento del 22 de enero de 1999, en el que señala que la vida se protege mediante el delito de homicidio una vez se han producido *"en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión"*.

Sistemas como el colombiano y el español incriminan de menor manera el aborto que el homicidio cualquiera sea la justificación que para ello se argumente, de manera que, al adelantar la barrera de protección del bien jurídico vida formada mediante el tipo de homicidio, las consecuencias para el profesional de la salud se hacen más drásticas en el evento en que se causen lesiones o la muerte de quien está naciendo. En efecto, si tomásemos la concepción tradicional, esto es, que la vida inicia con la separación del menor de la madre, en el caso en que el fallecimiento de la criatura se produjese en las fases previas al alumbramiento o en maniobras propias del alumbramiento, esta situación sería penada mediante el delito de aborto, mientras que con la nueva concepción se sanciona a través del delito de homicidio, cuya pena, por supuesto, es mayor a la del aborto.

En el caso colombiano la situación es aún más importante, pues lamentablemente nuestro sistema no tipifica como el español el delito de aborto culposo, sancionando si las lesiones imprudentes al *naciturus* (de manera que para nuestro legislador es más grave lesionar imprudentemente –punible– al feto que causarle la muerte de manera culposa –impune–) Así pues, que al adoptar esta tesis, que ya está asentada en otros sistemas legales en nuestro medio, la muerte ocasionada al feto pasadas las contracciones uterinas sí sería punible a título de homicidio culposo, mientras que, con la concepción clásica serían impunes al –insisto– no estar tipificado el aborto culposo.

En conclusión, es notoria la tendencia a exigir cada vez más una mayor responsabilidad a los médicos, tendencia que no solamente se aprecia en el caso colombiano sino que también se encuentra presente en Estados como España, donde el Código Penal de 1995 introdujo nuevos delitos específicos aplicables a la actividad médica y la jurisprudencia igualmente ha realizado pronunciamientos que exigen una mayor responsabilidad a los médicos.

III

Sabido es que uno de los más importantes avances de la ciencia del derecho penal en punto de la teoría del delito es la adopción de criterios normativos de imputación y la consecuente superación de los criterios subjetivos imperantes hasta la segunda mitad del siglo XX por cuenta de las corrientes ontológicas del delito.

En efecto, en épocas pasadas la estructura misma del delito gravitaba sobre conceptos ontológicos, como lo eran la causalidad entendida en términos naturalísticos o la intención concebida en términos psicológicos como lo sostenía el finalismo.

Las dificultades que uno y otro esquema presentaron para resolver ciertos problemas puntuales en la teoría del delito determinaron el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva como un esquema capaz de resolver de una manera sistemática los casos que se plantean en los tribunales penales.

Una teoría jurídica, cualquiera que sea debe siempre propender por la solución armónica y previsible de los casos. Éste y no otro es el valor más importante de la dogmática, en tanto que nos permite contar con sistemas igualitarios, en los que las soluciones a los casos que se ventilen ante los despachos judiciales se resuelvan de acuerdo con criterios objetivos y de una misma manera para todos los ciudadanos, y serán sistemas judiciales previsibles, de manera que quienes acudan a ellos podrán, de antemano, prever los resultados del caso que se encuentra al conocimiento de los jueces.

La teoría de la imputación objetiva consideramos que supone un gran avance para la ciencia del derecho penal, en la medida en que nos permite contar con referentes normativos para establecer la posibilidad de atribuir o no resultados a quienes causalmente los ocasionan, tornando el sistema en previsible e igualitario, que, insistimos, son los fines de la dogmática penal.

Por supuesto que se trata de una teoría que, como veremos, no está exenta de críticas, y muchas de sus instituciones están aún en desarrollo, pero entendemos que representa una manera correcta de resolver los casos que se presentan ante los tribunales, por lo que bien vale la pena referirnos a ella de manera extensa.

En el apartado anterior mostramos la tendencia hacia una mayor exigencia de responsabilidad para los profesionales de la salud, lo cual ha conllevado en muchas ocasiones el replanteamiento de tesis sobre el delito y el surgimiento de nuevas categorías. Consideramos que la teoría de la imputación objetiva permite establecer las bases de un sistema racional y previsible que resuelva de la mejor manera todos los problemas que en materia de derecho penal médico se presenten ante los tribunales.

En efecto, al ser un sistema dogmático relativamente desarrollado y al contar con categorías que permiten explicar, de manera coherente y sistemática la imputación de resultados lesivos a profesionales de la salud, o la negación de la misma en casos concretos, entendemos que es necesario determinar los rendimientos que esta teoría puede presentar en el ámbito de la prestación de los servicios de salud en desarrollo de la cual se ocasionan resultados lesivos para los pacientes.

Consideramos que una teoría, que permita establecer con criterios objetivos, impersonales y científicamente sustentables, los eventos en que un resultado puede ser atribuible al profesional de la salud que causalmente los ocasionó, es una necesidad real de los sistemas jurídicos, no solo por que permite la exclusión de responsabilidad y la consecuente reducción de la operatividad del sistema penal mediante criterios científicamente sustentables, sino porque su intervención en estos eventos mediante la imputación del resultado cuando a ello haya lugar de acuerdo con esta teoría obedecerá no a la necesidad de *salvaguardar* o *defender* al paciente, que siempre será la parte débil del acto médico, sino a criterios normativos precisos y predecibles para los profesionales de la salud.

Proponemos en este trabajo un sistema de responsabilidad penal médica en el que la teoría de la imputación objetiva resuelva todos los casos que se presenten, insistimos, mediante criterios normativos y predecibles, para lo cual entendemos es necesario realizar una exposición completa sobre lo que cons-

tituye esta teoría y sobre el acto médico sobre la base de casos resueltos por la jurisprudencia de los diferentes Estados.

En concreto, diremos que en este trabajo nos ocupamos de las posibilidades de aplicación y de los rendimientos que la teoría de la imputación objetiva puede alcanzar en materia de responsabilidad médica, de forma tal que se combinan dos elementos de gran actualidad en la dogmática jurídica colombiana. Así mismo, pretendemos con este estudio aportar nuevos elementos de análisis que permitan dar luces a todos los interesados en casos de responsabilidad médica en nuestro país.

El objetivo central de este trabajo es el de explicar la teoría de la imputación objetiva y mostrar los rendimientos que puede alcanzar en materia de responsabilidad penal médica. El método empleado para el presente trabajo es el de una investigación documental, en la que se incluyeron numerosos ejemplos algunos tomados de la jurisprudencia y otros de nuestra invención a fin de facilitar su explicación y para demostrar la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en materia de responsabilidad médica.

Para lo anterior, iniciamos con una explicación de la Teoría de la Imputación objetiva (Capítulo I), para posteriormente analizar sus elementos, como lo son la creación de riesgos (Capítulo II) y su realización en resultados lesivos (Capítulo III). Posteriormente (Capítulo IV) nos ocupamos de algunos supuestos especialmente problemáticos tanto en la doctrina como en la praxis judicial sobre responsabilidad médica que pueden resolverse mediante la aplicación coherente de la teoría de la imputación objetiva para, por último, ocuparnos de la posición de garante de los profesionales de la salud y la problemática del delito de omisión en la responsabilidad penal del médico.

Quisiera, antes de iniciar, agradecer a todas las personas que hicieron posible esta investigación, iniciando por mis papás a quienes adoro por sobre todo, a la Universidad del Rosario, Claustro donde recibí la educación que hizo posible mi formación como abogado y donde conocí a mis mejores amigos, y a la Universidad Autónoma de Madrid que, en cabeza de los Profesores Enrique Peñaranda, Jorge Barreiro y, muy especialmente, a quien ostentó la posición de garante durante mi estancia en España, el Maestro Manuel Cancio Meliá, –Maestro en todo el sentido de la palabra y con quien tengo una deuda intelectual y profesional realmente impagable– me acogieron de la mejor ma-

nera y me hicieron sentir siempre en casa a pesar de la distancia de mi amada Colombia. No podría, por supuesto, proseguir sin agradecer a mi Maestro, el Profesor Yesid Reyes Alvarado toda su paciencia y dedicación así como sus innumerables enseñanzas.

A Zeppelín, a los Stones y a Van Halen agradezco su compañía durante los años en que duró esta investigación y en los que, por ellos, comprendí la infinidad de la grandeza creadora del ser humano.

Capítulo I
La teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva[1] representa el tema de mayor actualidad en la ciencia penal contemporánea,[2] al punto que los doctrinantes se refieren a ella como un tema "de moda" en la ciencia penal actual.[3]

A pesar de lo anterior, es evidente que reina en los ámbitos académico y judicial una confusión sobre el concepto mismo de imputación objetiva, sus fundamentos, rendimientos y posibilidades tanto teóricas como prácticas, lo cual ha obstaculizado tanto su desarrollo (en lo académico), como su correcta aplicación (en lo judicial).

Es por ello que en este primer capítulo nos ocupamos del concepto de imputación objetiva, su surgimiento y evolución, así como de las posturas que sobre esta teoría existen en la actualidad.

1. La causalidad

Conocido es que todos los acontecimientos de nuestra existencia se encuentran precedidos por un sinnúmero de circunstancias que dan lugar a su realización.[4]

---

[1] Sobre los fundamentos, el origen y el desarrollo de esta teoría, REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis, segunda edición, Bogotá, D.C., 1996, pp. 49 y ss. ROXIN, Claus. "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en derecho en el derecho penal". En: *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ed. Reus, Madrid, 1991, pp. 128 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. pp. 3 y ss. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 1999, p. 357.

[2] Resaltan la importancia de la teoría de la imputación objetiva en el debate actual de la ciencia penal, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. *Lecciones de derecho penal, parte general.* Ed. Praxis, Segunda edición, Barcelona, 1999, p. 161.

[3] Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996. MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, pp. 05:1-05:19.

[4] Para una explicación sobre la cuestión, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. Op. cit., 1999, pp. 161. Señala magistralmente GÓMEZ PRADA, "Causa es el conjunto de las condiciones para que se produzca un resultado". GÓMEZ PRADA, Agustín. *Derecho Penal Colombiano. Parte General.* Imprenta del Departamento. Bucaramanga, 1952, p. 167. PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho*

Tomemos un caso sencillo. A y su amigo B se citan para departir jugando billar una tarde. Sin embargo, B sufre un retraso, por lo que A se ve obligado a esperarle en el punto de encuentro. Estando esperando a su amigo B, A es abordado por unos sujetos que en el intento de despojarlo de sus pertenencias le ocasionan graves heridas por proyectil de arma de fuego en el hipocondrio derecho y el epigastrio, de tal manera que es traslado a un centro hospitalario.

Al llegar al centro hospitalario el médico de turno diagnóstica que A sufrió graves lesiones hepáticas y esplénicas, razón por la cual es necesario realizarle una laparotomía exploratoria de inmediato. Sin embargo, se presenta una tardanza en la realización de la laparotomía, lo que le ocasiona un shock hipovolémico y finalmente la muerte.

Nótese como en este caso hay un resultado final pero convergen varias causas para su aparición, como podrían ser: los disparos que le propinan los atracadores, el retardo en el cumplimiento de la cita por parte de su amigo, la demora en la realización de la laparotomía y el proceso físico consistente en el fin de la vida por el *shock* hipovolémico.

Serían también causas de este resultado lesivo el fabricante del arma, la persona que le entrega el arma a los agresores, e incluso, los progenitores tanto de los agresores como de la víctima.[5]

Estos datos que nos arroja la realidad deben ser filtrados a través de los criterios que a lo largo de la ciencia del derecho penal se han esbozado para determinar cuál de todas esas causas es la que permite explicar el resultado y, por ende, a quién se le puede atribuir el resultado.[6]

Penal. Tomo I. Ed. Temis, Bogotá, 1967. pp. 513 y ss. PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale. Parte Generale.* G. Giappichelli Editore. Turín, 2005, pp. 227.

[5] Sobre la causalidad, ALIMENA, Bernardino. *Principios de derecho penal.* Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1915. pp. 433. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte General.* Ed. Akal, Quinta edición. Madrid, 1997, pp. 174. GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 167.

[6] La discusión en la doctrina colombiana sobre la causalidad siempre ha estado en el orden del día y siempre ha estado actualizada frente al debate en otras latitudes. Al respecto, GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 167. PÉREZ, Luis Carlos. Op. cit., 1967. p. 515. SCHÜNEMANN, Bernd. "Razonamiento sistemático en derecho penal". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 45.

En efecto, ya desde la obra de Hegel es posible distinguir entre aquellos sucesos que pertenecen al individuo de aquellos que, si bien causó, no le pueden ser atribuidos.[7]

Así pues que, ontológicamente, a nivel de lo que sucede en la naturaleza, todas estas situaciones serían realmente causas,[8] pero lo procedente es determinar cuál de esas causas es la que tiene la relevancia jurídica,[9] a cuál de ellas le corresponde el resultado, a cuál de ellas le es imputable el resultado.[10]

2. Teorías para la solución de los problemas que plantea la causalidad

La discusión sobre el carácter científico[11] del derecho condujo a la formulación de la teoría causalista,[12] cuyos exponentes, en su afán por afirmar el carácter científico del derecho, transpolaron el método de las ciencias naturales a la teoría del delito.[13] Así, para la doctrina causalista, se producía una perfecta y completa imbricación entre lo ontológico y la teoría del delito.[14] Acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad[15] serían entonces explicados a través de conceptos ontológicos[16] como el movimiento muscular, la producción de un resultado en

---

[7] MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, pp. 05:1-05:19.

[8] La multiplicidad de factores que convergen para la producción de un resultado es reconocida por GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 167.

[9] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, pp. 173.

[10] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Sexta Edición. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 226. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. Op. cit., 1999, pp. 161. GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 168. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. p. 10.

[11] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, pp. 261.

[12] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 161.

[13] SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 1991, p. 45.

[14] DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Segunda edición. Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986. p. 82.

[15] SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit. 1991, p. 45.

[16] Sobre la concepción naturalística y la concepción ontológica en el delito. Cfr. ANTOLISEI. *Manual de derecho penal.* Traducida por DEL ROSAL, Juan y TORIO, Ángel. Ed. Uatha Argentina. Buenos Aires, 1960. pp. 171 y ss.

el mundo exterior perceptible por los sentidos, el nexo psíquico entre lo querido y el resultado, entre otros.[17], [18]

Para explicar la causalidad[19] esta teoría acudía a la célebre teoría de la equivalencia de las condiciones,[20] propia del pensamiento científico, cuyo principal exponente fue Von Buri,[21] seguida por una multiplicidad de autores y cuya relevancia, tanto en la doctrina como en la práctica judicial, es innegable. La teoría de la equivalencia de las condiciones encuentra su origen en las tesis de Mill, para quien causa de un suceso es la "*suma total de las condiciones positivas y negativas que hacen necesario el resultado*".[22] La tesis de Mill será proseguida por GLASER primero y posteriormente por Von Buri.[23]

Para esta teoría, en términos sencillos, no es viable distinguir entre todos los factores que converjan para la producción de un resultado, teniendo todos ellos, el mismo valor.[24]

Si resolvemos el caso anterior de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, tendríamos que la responsabilidad por homicidio recae tanto en los médicos que retardaron la realización de la laparotomía explora-

---

[17] BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, pp. 175.

[18] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2003.

[19] Para una referencia a las teorías de la causalidad, MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN. Op. cit., 2004, p. 226. ANTOLISEI. *Manual de derecho penal.* Traducida por DEL ROSAL, Juan y TORIO, Ángel. Ed. Uatha Argentina. Buenos Aires, 1960. pp. 175 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, pp. 164. PULITANO, Domenico. *Diritto penale.* G. Giapichelli Editore. Turín, 2005, pp. 213 y ss.

[20] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 8 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 227. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducido por LUZÓN PEÑA Diego Manuel. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier. Ed. Civitas. Madrid, 1997, pp. 346. BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, pp. 174. GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 167. PÉREZ, Luis Carlos. Op. cit., 1967. pp. 516. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Marcial Pons, Madrid, 2004.

[21] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 346. Señala ROXIN cómo el origen de esta teoría se encuentra en Julios GLASER, pp. 348. La fundación de esta teoría por GLASSER también la pone de presente Luis Carlos Pérez, PÉREZ, Luis Carlos. Op. cit., 1967. p. 516. Sobre el tema, MAGGIORE. Giuseppe. *Derecho Penal.* Ed. Temis, Bogotá, D.C, 1954, p. 322.

[22] DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Segunda edición. Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986. p. 83.

[23] Ibíd.

[24] GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 168. SCHÜNEMANN, Bernd et ál. Op. cit., 1991, p. 45. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, pp. 256. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 223.

toria, como en quienes propiciaron las heridas por proyectil arma de fuego a la víctima, como el amigo que se retardó en la cita, como los padres[25] y toda la ascendencia de los anteriores,[26] como quien fabricó y distribuyó el arma. En fin, los responsables de todos los delitos serían Adán y Eva.[27]

En un caso fallado por la Jurisprudencia española, el famoso caso Vinader, (Sent. del 29 de enero de 1983) se condena a un periodista por el delito de homicidio culposo en el siguiente caso. El periodista publicó en una revista de amplia circulación en España una entrevista a un miembro de una organización armada que luchaba contra el Grupo ETA. En la revista, el periodista informaba la manera como operaba el grupo y daba los nombres de algunos de sus integrantes. A raíz de la publicación, ETA causó la muerte de varias personas mencionadas como miembros del grupo que luchaba contra ellos. Aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, el periodista fue condenado como autor de homicidio imprudente.[28]

El mérito que tiene la dogmática causalista es innegable, pues claramente representa el punto de llegada de todo un camino que había ya comenzado en Alemania desde tiempo atrás y que fue progresivamente perfilando los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Adicionalmente, su utilidad didáctica al diferenciar todo lo objetivo que estaría a nivel del injusto y todo lo subjetivo que se encontraría en la culpabilidad, es indiscutible.

A pesar de lo anterior, las dificultades que enfrentó el esquema causalista condujeron a que fuera objeto de múltiples críticas[29] que terminaron por su abandono y el paso al esquema neokantiano.[30]

A las dificultades para explicar los delitos de omisión, el delito de injuria (donde no existe modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos), los delitos de mera conducta, los elementos normativos y subjetivos del tipo, las causales supralegales de justificación, los elementos subjetivos de las causales

---

[25] FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 25. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 223.

[26] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 256.

[27] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 224.

[28] Sentencia de 17 de noviembre de 1981 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, España.

[29] FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 27.

[30] Para críticas sobre el manejo de la causalidad, Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros. Op. cit., 1999, p. 161.

de justificación, la tentativa, el nexo entre la causal de inimputabilidad y el delito, el delito culposo, el error de prohibición, el estado de necesidad justificante, se sumó el advenimiento de la diferenciación entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, tanto en su objeto como en el método de estudio.

Así, habría que diferenciar entre el objeto de estudio de las ciencias naturales,[31] donde sería aplicable el método causal en que los conceptos se ordenan de causa a efecto, del objeto y el método de estudio de las ciencias sociales, donde los conceptos se ordenan, según la dogmática neokantiana, de fines a medios.

La teoría de la equivalencia de las condiciones había evidenciado, por una parte, su utilidad para establecer las causas que concurren para la producción del resultado, pero así mismo demostró su insuficiencia como criterio jurídico de imputación.[32]

A partir de entonces se han establecido teorías en las que, partiendo de la equivalencia de las condiciones, se adicionan conceptos jurídicos para determinar a cuál de todas las causas le es *imputable* el resultado. Se pasó, entonces, de criterios ontológicos o naturalísticos de imputación, a criterios jurídicos, o normativos de imputación, existiendo, en todo caso, varias teorías que abogan por criterios jurídicos de imputación, apenas *una de las cuales* es la teoría de la imputación objetiva.

A partir de la superación de la teoría causalista, existe claridad sobre la diferenciación entre los planos ontológico y valorativo al interior de cada una de las categorías del delito, diferenciándose las escuelas en torno al valor que le dan a lo ontológico, como puede suceder en la escuela finalista, o el prescindir de este tipo de criterios, como sucede en el funcionalismo radical o normativismo, encontrando posiciones intermedias que, como la de Roxin, abogan por un dualismo metodológico, que se explica por la convivencia entre lo ontológico y lo normativo.

---

[31] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. Op. cit., 1999, p. 161.

[32] Sobre las críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p 11. GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 168.

Las dificultades que atravesó la teoría de la equivalencia de las condiciones[33] permitieron el surgimiento de una teoría que, en últimas, buscaba un correctivo para su antecesora. La famosa *conditio sine qua non*[34] (en español, teoría de la condición sin la cual no)[35] sostenía que, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, deberían encontrarse todas las causas de un resultado determinado, diferenciando, en cada caso, entre las condiciones positivas y las condiciones negativas.[36] Así, para el caso de las condiciones positivas, establecidas las causas que concurren para la producción del resultado, el intérprete debe suprimir mentalmente una o algunas de las causas, y, en el evento en que el resultado desaparezca como consecuencia de la supresión mental de una o varias de las causas, es porque ésa es la causa jurídicamente relevante.[37] De allí la denominación *"condición sin la cual no"*.[38] Por el contrario, para las condiciones negativas, el juicio debe ser el opuesto. Esto es, establecido el resultado, el intérprete debe agregar mentalmente la acción omitida, y, si el resultado desaparece, es porque la acción omitida es la causa del resultado. Por el contrario, si el resultado se mantiene, la acción omitida no será la causa del resultado.[39]

Si miramos nuestro ejemplo, tendríamos que suprimir mentalmente el disparo, para preguntarnos si el resultado muerte se mantiene. Al ser la respuesta negativa, tenemos que el disparo es la causa de la muerte. Sin embargo, el mismo resultado se obtiene cuando suprimimos mentalmente la fabricación

---

[33] Las críticas a esta teoría las expone de manera brillante MAGGIORE. Giuseppe. Op. cit., 1954, p. 323.

[34] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 224. La teoría de la *conditio* corresponde a la recepción del pensamiento de MILL por parte de GLASER y VON BURI. DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Segunda edición. Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986. p. 83.

[35] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p 10. ANTOLISEI. *Manual de derecho penal.* Traducida por DEL ROSAL, Juan y TORIO, Ángel. Ed. Uatha Argentina. Buenos Aires, 1960. pp. 171 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 166. ROXIN, Op. cit., 1997, p. 347. MAGGIORE. Giuseppe. Op. cit., 1954, p. 322. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2000, p. 223.

[36] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 256.

[37] Ibíd., 174.

[38] Tesis que aplica el Consejo de Estado de Colombia, cuando en Sentencia del 15 de agosto de 2002 afirma que *"un resultado es atribuible a alguien siempre que suprimida la conducta que se le atribuye sea imposible explicar el resultado jurídicamente relevante"*.

[39] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 257.

o entrega del arma a los delincuentes, o la tardanza en la realización de la laparotomía exploratoria, por lo que llegaríamos a la misma conclusión que aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, es decir, que todos son responsables de este delito.

La teoría de la *conditio sine qua non*, como complemento de la teoría de la equivalencia de las condiciones, no aportaba mucho, y las complicaciones que enfrentaba esta última se extendieron a la primera, dificultades relacionadas básicamente con la extensión indefinida de la imputación.[40]

Posteriormente, en el ámbito de la teoría neokantiana del delito,[41] surgió la teoría de la relevancia típica.[42/43]En términos sencillos, la teoría de la relevancia típica sostiene que dentro de todas las causas que convergen para la producción de un resultado, la relevante jurídicamente será aquella que produce el resultado típico.[44]

Así pues, que la causa será aquella que, para el caso del delito de homicidio, mate, para las lesiones personales, la que lesione, la que, para el delito de incendio, prenda fuego, la que, para el caso del daño en bien ajeno, deteriore la situación de la cosa mueble.

Por una parte, podría señalarse como positiva la coherencia sistemática con la que esta teoría plantea la solución de los principales problemas de la teoría del delito, como sucede en el ámbito de la tentativa y en el campo de la autoría. En el primer evento, es decir, en la tentativa, ante la dificultad para diferenciar los actos preparatorios (impunes) de los actos ejecutivos (punibles)[45]

---

[40] Sobre las críticas a esta teoría, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p 11. Igual, BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 259.

[41] SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 1991, p. 46.

[42] Sobre la teoría, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 359. "De acuerdo con (la teoría de la relevancia típica) *una vez comprobada la causalidad natural es preciso verificar la relevancia típica de dicho nexo causal a partir de una "correcta interpretación del tipo penal".* BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 187.

[43] BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, p. 187. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p 28. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2003.

[44] MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955. p. 113. ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 359. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 265. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 271. FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 31.

[45] Para conocer los criterios de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en el derecho francés, BOUZAT, Pierre y PINATEL Jean. *Traité de Droit Penal et de Criminologie.* Librairie Dalloz, París, 1963, p. 211.

esta escuela sostuvo que estaríamos en presencia de estos últimos cuando se empezara a cumplir con el verbo rector. Así, habrá acto ejecutivo cuando se empiece a *apoderar*, cuando se inicie a *matar*, cuando se comience a poner fuego a cosa mueble ajena, lo anterior para los delitos de hurto, homicidio e incendio respectivamente.

De otro lado, en el caso de la siempre problemática distinción entre autores y partícipes, esta teoría que los primeros son aquellos que cumplen el verbo rector, mientras que los segundo no cumplen lo establecido en la norma penal. Autor es quien se apodera, quien mata y quien prende fuego a cosa mueble ajena en los mismos ejemplos de los delitos de hurto, homicidio e incendio anteriormente mencionados.

Pues bien, la dificultad de la teoría de la relevancia típica es la misma que atravesaron las soluciones propuestas para la tentativa y la distinción entre autores y partícipes. La dificultad para explicar gramaticalmente los fenómenos condujo a que estas teorías fueran fuertemente criticadas. Por ejemplo, ¿cuándo podemos decir que se empieza a *matar*?

Lo anterior sin perjuicio de la dificultad para explicar el fenómeno de la autoría mediata, donde a pesar de que el instrumento es quien cumple el verbo rector, no se le puede atribuir responsabilidad penal alguna, recayendo toda en el denominado *hombre de atrás* o autor mediato quien evidentemente no cumple el verbo rector.

Para resolver nuestro ejemplo tendríamos que definir cuál de todas las causas que convergieron para la producción del resultado fue la que efectivamente le causó la muerte a A. La que efectivamente lo llevó al desenlace final fue la negligencia en la realización de la laparotomía exploratoria, por lo que los agresores serían responsables de tentativa de homicidio o, eventualmente, de lesiones personales.

Posteriormente, surgió la teoría de la causalidad adecuada.[46] Para esta teoría, de todas las causas que convergen para la producción de un resultado

---

[46] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit, 1996, p 23. Como señala el Profesor REYES, para esta teoría "*...una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado, es decir, cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de determinado resultado.* MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 229. ANTOLISEI. Op. cit., 1960. pp. 171 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ig-

deberá examinarse cuáles de aquellas tienen una mayor potencialidad, desde una óptica estadística, para producir el resultado.[47]

La teoría de la causalidad adecuada[48] tampoco estuvo libre de dificultades,[49] las cuales se relacionan, por ejemplo, con el que parte de un conocimiento general de la causalidad, encontrando problemas para explicar los eventos en que el sujeto tenga un conocimiento especial de la causalidad,[50] por lo que rápidamente surgieron nuevas propuestas al respecto, las cuales estuvieron por supuesto influenciadas por la imposición teórica del finalismo sobre el neokantismo.

El finalismo trasladó el dolo de la culpabilidad, donde lo había ubicado el causalismo, hacia la tipicidad. Esto, sin embargo, no surgió de la nada, pues ya el neokantismo había avizorado esta posibilidad cuando planteó que en la tentativa el dolo se encuentra en la tipicidad.[51]

Para algunos autores se trató de un verdadero cambio de paradigma,[52] llegando a emplearse la expresión revolución copernicana para referirse a la

---

nacio y otros. Op. cit., 1999, p. 167. MAGGIORE. Giuseppe. Op. cit., p. 326. PÉREZ, Luis Carlos. Op. cit., p. 519. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 263. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 269. FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 30. PULITANO, Domenico. Op. cit., 2005, p. 225.

[47] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 359. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 174. GÓMEZ PRADA, Agustín. Op. cit., 1952, p. 168. FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 30. Señala FRISCH: *"únicamente serán causas del resultado aquellas condiciones que no sólo han contribuido a surtir efecto, sino que poseen una idoneidad genérica para realizar tales resultados…"*.

[48] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 225. La teoría de la causalidad adecuada es acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto ha sostenido lo siguiente: "*el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga -obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)- debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud."* Sentencia del 26 de septiembre de 2002.

[49] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 264. Una de estas críticas que se le realizan a esta tesis es la determinación de los criterios a partir de los cuales se determina cual es la *causa adecuada* para producir el resultado. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 27.

[50] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general.* Ed. Hammurabi. Segunda edición Madrid, 1999, p. 270.

[51] HIRSCH, Hans Joachim. "El desarrollo de la dogmática penal después de WELZEL". En: HIRSCH. Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 14.

[52] Sobre la innegable trascendencia del pensamiento de WELZEL; HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 13.

nueva ubicación del dolo, que, reiteramos, pasó de ser un elemento de la culpabilidad, a formar parte del tipo subjetivo.[53]

A nuestro juicio este desplazamiento del dolo no representa el aporte más importante de la teoría finalista, sino que lo constituyen la teoría del dominio del hecho, la primacía del desvalor de acción[54] y la famosa teoría de la adecuación social,[55] sobre la cual volveremos más adelante en tanto que constituye un claro antecedente de la teoría de la imputación objetiva.[56]

En cuanto a lo primero, para el finalismo el injusto descansa exclusivamente sobre el desvalor de acción,[57] pues, según la conocida frase de Welzel, mientras la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.[58] La intención debería entonces permitirnos resolver todos los problemas de la teoría del delito. La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos estaría dada por el plan del autor, y la diferenciación entre autores y partícipes descansaría sobre el ánimo, autor es quien tiene ánimo de autor, y partícipe quien tiene ánimo de participe.

Así mismo, el desvalor de acción sería el elemento que permite resolver los problemas de causalidad, pues es el dolo el que nos permite determinar qué resultados pueden serle imputados al autor.[59]

La dificultad para explicar el delito culposo, en el que resulta discutible la aplicabilidad del concepto final de acción, llevó a que el finalismo atravesara por varias etapas para intentar una explicación de la conducta imprudente.[60]

En un primer momento, el finalismo abandonó la idea de explicar a través de la acción final el delito culposo y sostuvo que la acción final solamente era aplicable en los delitos dolosos. Así, se sostenía entonces una dualidad, donde

---

[53] WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General.* 11ª edición. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 94. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 14.

[54] Sobre la teoría de lo ilícito personal de WELZEL, HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, pp. 13 y ss.

[55] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 85.

[56] Ibíd.

[57] WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 91. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 13. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 1991, pp. 54 y ss.

[58] HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 13.

[59] WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 69.

[60] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 56 y ss. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 283.

para el delito doloso se aplicaba la teoría de la acción final, y para el delito culposo regía la teoría causalista de la acción.

En un segundo momento, replanteó su teoría para sostener que en el delito culposo si existía una elección de finalidad por parte del sujeto activo, pero que la misma sería irrelevante para el derecho penal.[61] Lo que se reprocha por el derecho penal, entonces, no es la finalidad del sujeto, sino una indebida elección de medios.

> **Ejemplo**: La finalidad del médico neurocirujano, que frente a un hematoma epidural de grandes dimensiones elige un tratamiento conservador (no quirúrgico), es evitar una cicatriz en el paciente. Esta finalidad (evitar una cicatriz en el paciente) es irrelevante para el derecho penal. El reproche se hace por cuanto eligió un tratamiento conservador, pudiendo haber elegido otro medio: una craniotomía con evacuación de la hemorragia (indebida elección de medios).

En un tercer momento, el finalismo supera la comprensión ontológica del delito culposo para finalmente entenderlo como un problema normativo. Así pues, el delito culposo estaría compuesto por una infracción a un deber de cuidado que genera un resultado. Posteriormente, se agregó el nexo de antijuridicidad como el tercer componente del delito culposo.[62]

El dolo sería entonces, para los cultores del finalismo, el elemento que permitiría no solamente explicar el fundamento de la punición de la tentativa imposible, sino también las diferencias entre el autor y el partícipe y por supuesto, la causalidad.[63]

---

[61] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 283. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 285.

[62] WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, pp. 188 y ss. Para una exposición de la explicación del delito culposo en el finalismo, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General.* Ed. Civitas, Segunda edición. Madrid, 1996, pp. 352 y ss.

[63] La teoría de la adecuación social le permitió al finalismo resolver algunos problemas que no podían ser resueltos por la vía de la intencionalidad de la conducta. Al respecto, WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 83. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 86 y ss.

Como críticas al finalismo[64] tenemos que, por una parte, la excesiva importancia que el finalismo otorgó al desvalor de acción[65] le generó la dificultad para explicar la importancia del resultado en los delitos culposos; por otra parte, se considera un error el entender la acción como una categoría avalorada, pues precisamente la conducta humana es una manifestación de valor, una expresión de sentido, situaciones que claramente son desconocidas por esta escuela, cuyos méritos son innegables y muchos de cuyos postulados se mantienen aún hoy en día. Por otra parte, el elaborar todos sus conceptos a partir de criterios ontológicos sin hacer referencia alguna a los fines que el derecho penal debe cumplir dentro de un modelo de Estado es igualmente una crítica que en la actualidad encontramos frente a esta escuela.[66]

Una de las grandes conquistas del finalismo la representó la teoría de la adecuación social.[67] Así, es frecuente encontrar en la realidad situaciones que siendo cometidas de manera intencional se ajustan perfectamente a lo previsto por la norma penal, a pesar de lo cual no son punibles.

Ejemplo de lo anterior lo constituyen los obsequios que se hacen a funcionarios públicos con ocasión de sus onomásticos, aquellas expresiones que si bien pueden ser injuriosas más que pretender deteriorar la honra del sujeto pasivo buscan causar hilaridad, o el conocido ejemplo de quien toma un avión y estando ya estando en camino hacia algún lugar se percata de que se ha subido al avión equivocado, por lo que solicita ser transportado al lugar de donde proviene, lo cual le es negado por la tripulación de la aeronave. Podría argumentarse que esta persona estaría privada de su libertad en contra de su voluntad, y que, por ende, estaríamos frente a un delito de secuestro.

La teoría de la adecuación social representa un gran avance frente a la situación imperante para entonces en el derecho penal, al permitir un entendimiento dinámico de los bienes jurídicos y la consecuente superación de la

---

[64] SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 1991, p. 58.

[65] Ibíd., p. 62.

[66] RUDOLPHI, Hans Joachim. "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. Op. cit., 1991, p. 82.

[67] WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 83. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 73. Enseña el autor que el desarrollo de este concepto fue de WELZEL en 1939, pero sólo se difundió en la doctrina alemana muchos años después. Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, Nota 1. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 30.

concepción estática de los mismos, pero, enfrentó serias dificultades, relacionadas, en primer término, con su ubicación al interior de la estructura del delito, pasando por la tipicidad, posteriormente por la antijuridicidad y retornando posteriormente a la tipicidad nuevamente;[68] y, en segundo lugar, en lo tocante al escollo que representa el determinar exactamente qué es lo socialmente adecuado. Estas dificultades condujeron a su fracaso como propuesta, lo cual no es óbice para reconocer su importancia en el desarrollo de la teoría del delito.[69]

3. Los orígenes y las corrientes actuales sobre la teoría de la imputación objetiva[70]

Además de las críticas que ya esbozamos frente a la escuela finalista, aparecieron dos nuevos escollos que dieron paso al surgimiento de la teoría de la imputación objetiva.[71] Son estos escollos la insuficiencia del desvalor de acción como elemento fundante y constitutivo del injusto, y la dificultad para ubicar la adecuación social al interior de la teoría del delito.

El famoso caso del sobrino que, deseando la muerte de su tío,[72] lo convence para que dé un paseo por el bosque con la esperanza de que se desate una tormenta que cause el deceso del familiar en beneficio del codicioso sobrino,[73] puso de presente las deficiencias del desvalor de acción como elemento constitutivo del injusto.[74]

Adicionalmente, el finalismo se encontró en serios aprietos a la hora de ubicar dogmáticamente en el interior de la estructura del delito la adecuación

---

[68] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 86 y ss.

[69] Ibíd., p. 89.

[70] Un completo análisis de la aparición de la imputación objetiva en DONINI, Massimo. *Illecito e colpevolenza nell`imputazione del reato.* Dott A. Giufré Editore, Milán, 1991.

[71] Sobre la estructura de la teoría de la imputación objetiva, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 73. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 18. El mismo HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la teoría de la imputación objetiva". En: HIRSCH. Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas.* 1999, p. 37. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, Pp. 172 y ss.

[72] Este caso lo resuelve WELZEL desde la teoría de la adecuación social. WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 84.

[73] HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 42. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros. Op. cit., 1999, p. 169.

[74] Sobre el enfrentamiento entre el finalismo y las vertientes de la imputación objetiva, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. pp. 3 y ss.

social, sosteniendo alternativamente su ubicación como excluyente de la tipicidad, luego como excluyente de la antijuridicidad y posteriormente la regresó a la tipicidad.[75]

Las dificultades que enfrentó el finalismo permitieron que la ciencia del derecho penal tomara un nuevo rumbo, constituido por la teoría de la imputación objetiva[76] en la versión del Profesor Claus Roxin,[77] cuyo antecedente inmediato[78] aparece en la obra de Honig.[79]

En contravía de lo sostenido por la teoría de la adecuación, Honig propuso un análisis concreto de la relación causal entre el resultado y el comportamiento del autor, en el que se establecería si el suceso "*en las circunstancias dadas, podría ser visto como configurado por la persecución de un fin",*[80] como señala Roxin, para Honig "*la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona"*.[81] Para lo anterior, Honig creó la teoría de la imputación objetiva, según la cual la producción causal de un resultado sólo podría ser imputada "*si existía la posibilidad de que el resultado fuera intencionalmente evitado"*.[82] De esta manera, en la teoría de la imputación de Honig –imputación que es objetiva por cuanto para su realización en nada se tienen en cuenta los conocimientos y las capacidades del sujeto en concreto, mismas que se valorarían en la culpabilidad– se realiza un doble juicio de imputación,

---

[75] WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 84.

[76] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 229. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. Op. cit., 1999, p. 162. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Op. cit., 2002, p. 231. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, pp. 265 y ss.

[77] Por todos. ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 20. El mismo HIRSCH en su capítulo "Acerca de la teoría de la imputación objetiva". p. 37. Sobre la diferencia entre el finalismo y la teoría de la imputación objetiva, FEIJOÓ SÁNCHEZ, BERNARDO. *Imputación objetiva en derecho penal.* Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima, 2002, p. 25.

[78] Inmediato por cuanto ya desde HEGEL encontramos la distinción entre los resultados que pertenecen al hombre y aquellos que no pertenecen a su obra. La relación entre la tesis de HEGEL y la imputación objetiva es puesta de presente por ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss.

[79] Por todos, KINDHÄUSER, Urs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo.* Ed. Griujley, Lima, 2007, p. 31. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2003, pp. 05:1-05:19.

[80] KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., 2007, p. 31.

[81] ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss.

[82] KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., 2007, p. 31.

uno a nivel del tipo en el que se comprueba "*si un destinatario de la norma dotado de la capacidad de acción de una figura estandarizada habría producido o no, orientándose a la consecución de un fin, evitar el resultado*"[83] y un segundo momento, a nivel de la culpabilidad[84] en que se realiza un análisis en concreto del autor para determinar si, de acuerdo a su capacidad de acción estaba en posición de evitar el resultado.[85]

En resumen, tenemos que, en la tesis de Honig, los conceptos de la imputación objetiva deben tomarse de la teoría del derecho y no de la filosofía. Estos principios se relacionan con que el derecho cumple su misión reguladora de conductas humanas mediante prohibiciones y mandatos dirigidos a la voluntad humana, pues solo ésta puede ser influenciada por los mandatos y las prohibiciones. Continuando con esta tesis, los mandatos solamente podrán exigir acciones deseables para el legislador y las prohibiciones sólo pueden evitar resultados no deseados por el legislador y en uno y, otro caso se trata de resultados que sean posibles de ser producidos o evitados para la persona que se encuentra en la situación que el legislador presupone. En últimas, se trata de resultados que la persona pueda prever y por ende producir o evitar.[86]

En esta nueva visión, que representa la imputación objetiva, se parte de la existencia y necesidad de determinados riesgos,[87] los cuales, en tanto que representan un beneficio para la humanidad, deben ser tolerados y regulados antes que reprimidos.[88]

Ejemplo de este tipo de riesgos los constituyen el tráfico automotor, el transporte férreo, el empleo de la energía,[89] y, por supuesto, la medicina.

---

[83] KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., 2007, p. 33. Igual en ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss.

[84] El ubicar este juicio a nivel de la culpabilidad se compadece con la estructura causalista del delito de la cual HONIG era seguidor, según la cual todos los elementos objetivos del delito se ubican a nivel del injusto y los elementos subjetivos encuentran su lugar en la culpabilidad. Sobre el punto, Cfr. KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., 2007, p. 33.

[85] KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., 2007, p. 31. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad.* Ed. B de F. Buenos Aires, 2007. p. 71.

[86] ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 129.

[87] Sobre el punto, REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 90 y ss. Sobre el denominado principio del riesgo BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros. Op. cit., 1999, p. 168.

[88] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 91. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 293. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 285.

[89] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 285.

Entendiendo el ordenamiento jurídico como un todo, se señala por parte de los seguidores de esta propuesta que, en aquellos eventos en los que, a pesar de haberse producido un resultado típico, el agente haya obrado de conformidad con las normas legales, o los postulados que rigen determinada profesión, no habrá lugar a la imputación objetiva, y, por ende, la conducta será atípica.[90]

Para que sea procedente la imputación objetiva[91] de un resultado será entonces necesario que se verifique, primero, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado,[92] y, segundo, su concreción en un resultado típico.[93]

A pesar de partir de esta premisa en común, encontramos hoy en día dos grandes vertientes sobre la teoría de la imputación objetiva[94/95] como son la propuesta de Roxin y la de Jakobs, las cuales explicamos a continuación.

---

[90] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 93. Esta postura, según la cual deben considerarse atípicos todos aquellos eventos en los que se ha causado un resultado típico a pesar de obrar dentro del riesgo permitido, no es absoluta, pues hay autores que consideran que la creación de riesgos jurídicamente aprobados excluiría la antijuridicidad (BUSTOS / LARRAURI), o incluso la culpabilidad. Así, por ejemplo, JESCHECK señala cómo la creación de riesgos jurídicamente aprobados debe ser entendida como una causal supralegal de justificación. Al respecto, cfr. JESCHECK H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, pp. 429-431 Sobre el tema, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 168. BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, p. 189. Sobre la ubicación de la imputación objetiva en la antijuridicidad, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. pp. 29 y ss. Para una referencia a esta ubicación de la imputación objetiva en la antijuridicidad, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 1996, p. 498. Sobre la atipicidad de los resultados causados obrando de conformidad con la *lex artis,* MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 282.

[91] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 365. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 267. BACIGALUPO, Enrique Op. cit., 1999, p. 273.

[92] PUPPE. Ingeborg. *La imputación objetiva.* Ed. Colmenares Granada, 2001. p. 12.

[93] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 75. *"De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo cuando él haya originado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya concretado en un resultado"*. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 20. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 169. Igual en la concepción de JAKOBS, al respecto, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* UA Ediciones. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1997, pp. 63. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2002, p. 231. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, pp. 72 y ss.

[94] La doctrina General del TS español sobre la imputación objetiva se encuentra en las sentencias 28-11-89 [RJ 1989, 9340],12-3 [RJ 1990, 2987] y12-7 de 1990,28 [RJ 1992, 1389] y 29-2 de 1992 [RJ 1992, 1509]. En Colombia, la sentencia pionera sobre la cuestión es la paradigmática Sentencia de la Sala de Casación Penal del 14 de septiembre de 1995.

[95] Señala la jurisprudencia española al respecto, *"...La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9263) analiza la teoría de la imputación objetiva desde el punto de vista de la intervención en el nexo causal de la conducta de la víctima de un accidente. Sostiene que la*

3.1. La propuesta de Roxin[96]

Como es sabido, Roxin aboga por la penetración de la política criminal en la dogmática, en contraposición a lo que había sostenido von Liszt para quien la dogmática penal era la *barrera infranqueable* de la política criminal.[97] Roxin renuncia expresamente a la construcción de un sistema de derecho penal,[98] y, aplicando un método inductivo, renuncia a la construcción de un sistema en aras de la solución político criminalmente correcta.

La teoría de la imputación objetiva aparece en la teoría de Roxin como un criterio que permite determinar a quién debe imputársele un resultado lesivo para un bien jurídico[99] a nivel del tipo objetivo. Así, en su primera formulación de esta propuesta, sostiene Roxin que a nivel del tipo objetivo y para efectos de establecer la causalidad, será necesario determinar la creación de

---

teoría de la imputación objetiva es la que sigue la Sala 2ª del Tribunal Supremo y es la que ha venido a explicar la relación entre acción y resultado, reemplazando la teoría de la causalidad natural sobre la base de las pautas marcadas por la de la relevancia de las condiciones. Supone lo anterior que la causalidad natural es el límite mínimo, pero no suficiente, para la atribución de un resultado.... La imputación del resultado requiere no sólo comprobar la natural causación del mismo sino que será preciso verificar si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. En aquellos supuestos de riesgos permitidos se excluye la posible creación de un peligro jurídicamente desaprobado, lo que excluye la tipicidad de la conducta. Asimismo se rompe la tipicidad de la conducta en aquellos supuestos englobados en el llamado principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido... El segundo requisito exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado". Sentencia Audiencia Provincial Orense N° 124/2001 (Sección 2ª), de 3 diciembre. El TS lo señala en los siguientes términos: *La jurisprudencia de esta Sala sigue en la determinación de la relación de causalidad la teoría de la imputación objetiva a través de la que se pretende explicar la relación que debe existir entre la acción y el resultado típico. Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que se hace necesario verificar a) si la acción ha creado, o incrementado, un riesgo jurídicamente desaprobado, y b) si el resultado producido por la acción es concreción de la acción."* Sentencia del 16 de octubre de 2002. En igual sentido pueden consultarse las sentencias del TS del 19 de octubre de 2000.

[96] Por todos, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. pp. 17 y ss. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 1996, p. 474. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 1999, pp. 357 y ss.

[97] FEIJOÓ SÁNCHEZ, BERNARDO. Op. cit., 2002, p. 29.

[98] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, pp. 216 y ss.

[99] Por todos, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, pp. 346 y ss.

un riesgo desaprobado[100] y su concreción en un resultado lesivo para un bien jurídico.[101/102/103]

Sin embargo, y aplicando el método tópico, Roxin comenzará a realizar sucesivas reformulaciones de su teoría, en desmedro de lo sistemático, pero a favor de lo *político criminalmente correcto*.[104]

Así, en un primer momento, sostuvo Roxin que no habrá lugar a imputar objetivamente un resultado cuando, a pesar de constatarse la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en un resultado lesivo para un bien jurídico,[105] la conducta mejore la situación del bien jurídico.[106]

---

[100] ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 132 y ss. Sobre la atipicidad del resultado ocasionado actuando dentro del riesgo permitido, véase ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 144. El mismo ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 371.

[101] Ibíd., p. 373.

[102] Sobre la imputación objetiva y la ausencia de riesgo desaprobado señala el Tribunal Supremo español "La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a é*stos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado…"*. Sentencia del 16 de octubre de 2002.

[103] La jurisprudencia del TS sobre la relación de riesgo se encuentra en las sentencias: 12-6-89 (Rec. Nº 3168/86); 17-7-90 (Rec.Nº 811/88); 30-5-91 (Rec. Nº 6219/88); 2-12-91; 29-5-92 (Rec. Nº 4892/89); 3-7-92 (Rec. Nº 6393/89);17-10-92; 12-2-93 (Rec. Nº 1704/90); 21-12- 93 (Rec. Nº 2986/92); 26-6-95 (Rec. Nº 1791/94); 28-10-96.

[104] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 73.

[105] Sobre el segundo requisito de la imputación objetiva, señala el Tribunal Supremo español: "*El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva."*. Sentencia del 16 de octubre de 2002.

[106] ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, p. 365. BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, p. 191. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. Op. cit., 1998. pp. 18 y ss. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 1996, p. 471. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2003. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272..

Ejemplos de lo anterior serían:

- El caso del médico que realiza una amputación del miembro inferior derecho a su paciente, por la presencia de una gangrena gaseosa por clostridios, en aras de salvarle la vida;
- o, cuando dos amigos transitan por la calle, uno de ellos se percata de que una piedra se dirige a la cabeza de su compañero y, para salvarle la vida, lo avienta, como consecuencia de lo cual cae y se le ocasiona una fractura de cúbito y radio.

Roxin posteriormente introduce un nuevo criterio de exclusión de la imputación objetiva en punto de la realización del resultado, al sostener que no será procedente la imputación objetiva del resultado causalmente causado, cuando, a pesar de haberse creado un riesgo desaprobado que se concreta en la lesión de un bien jurídico, esta lesión no es de aquellas que la norma infringida busca evitar.[107] A este criterio de exclusión de la imputación objetiva se le conoce como la teoría del "ámbito de aplicación de la norma".[108]

Así, por ejemplo, no se puede imputar al imprudente conductor la muerte de la madre que sufre un infarto al saber que su hijo fue arrollado por un conductor que conducía a una velocidad superior a la permitida.[109]

Ejemplo de esta tesis en lo médico quirúrgico es el caso en el que el médico, a pesar de que la literatura científica establece que es aconsejable dejar interna a una paciente que presenta cierta sintomatología, la da de alta, siendo

---

[107] La teoría del ámbito de protección de la norma proviene del derecho civil, ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 136. PUPPE. Ingeborg. *La imputación objetiva. Ed. Colmenares,* Granada, 2001. pp. 81 y ss.

[108] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 1999, p. 382. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 1996, p. 473. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 73. Criterio que, como afirma REYES ALVARADO, se remonta a la decisión de la Sala Civil de la Corte Federal Alemana del 23 de noviembre de 1955. p. 207. Sobre la ubicación del ámbito de protección de la norma en el esquema del delito, p. 210 y sobre la imposibilidad de sostener esta teoría, p. 216. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 46. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 66. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 171. ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 377. PULITANO, Domenico. Op. cit., 2005, p. 386.

[109] Al respecto, interesante resulta la sentencia del TS español del 27 de enero de 1984 en la que un automovilista arrolla a los peatones que se encontraban en un andén, uno de los cuales, víctima del pánico, huye en dirección del otro lado de la calzada donde es arrollado por un automóvil que circulando correctamente, no pudo evitar la colisión. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 2002, p. 607.

arrollada por un vehículo al abandonar el hospital. En este caso, los seguidores de esta tesis señalarían que las normas médicas no buscan evitar la muerte por arrollamiento por parte de un vehículo.

A los criterios de exclusión de la imputación objetiva de la salvación del bien jurídico y la teoría del ámbito de aplicación de la norma, debe adicionarse la teoría de la prohibición de regreso, que le permitió a Roxin resolver aquellos casos en que imprudentemente se favorece el delito doloso de otro, siendo extendida esta teoría en un segundo momento de su evolución, a la prohibición de extender la imputación a quien ha favorecido el delito de otro pero obrando dentro del riesgo permitido.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el caso del taxista que transporta a quien va a cometer un homicidio o del panadero que vende el pan con el que posteriormente alguien envenena a su enemigo.

Posteriormente, Roxin sostuvo que tampoco sería imputable el resultado lesivo para el bien jurídico, cuando la evitación del mismo fuera de competencia de la víctima.[110]

Ejemplos de lo anterior lo constituyen en el ámbito médico:

- El supuesto en el que el Profesional de la Salud receta ketoconazol al paciente y éste desatiende las instrucciones de no ingerir bebidas alcohólicas, de tal manera que se produce un paro cardiorrespiratorio, como efecto *antabuse*.
- Un buen ejemplo de ello lo proporciona la Sentencia del 5 de diciembre de 1994, en la que un paciente presenta un cuadro de mareo, malestar general y fiebre alta, por lo que es conducido a un médico. Este médico le formula unos medicamentos, el paciente posteriormente es valorado por dos nuevos profesionales de la salud, uno de los cuales entiende que se está frente a un cuadro de varicela, por lo que es trasladado a un centro hospitalario. Allí se establece que el paciente sufre el síndrome del Stevens-Johnson que se manifiesta debido a que se aplicó directamente una serie de fármacos que le produjeron la referida afección.

[110] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 393. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 73.

- Otro ejemplo se presenta cuando el paciente hospitalizado por una pancreatitis decide solicitar salida voluntaria, a pesar de las indicaciones médicas. Al no contar con una adecuada hidratación, manejo antibiótico, analgésicos y en general con los cuidados médicos que le brinda el centro hospitalario, se produce su deceso.

A lo anterior debe adicionarse la conocida teoría de la conducta alternativa conforme a derecho,[111] formulada por el Profesor Claus Roxin.[112] Se trata de resolver eventos en los que se presentan algunos rasgos en común, a saber:[113]

- Un comportamiento contrario al deber de cuidado.
- Un resultado lesivo para el bien jurídicamente tutelado.
- La demostración de que aún cuando el agente hubiese observado un comportamiento alternativo conforme a la norma, el resultado se hubiera producido.

Miremos algunos casos limitando la exposición de los mismos al ámbito médico.

Caso del fósforo.[114] El médico receta a un menor una dosis de fósforo. Se le aplica al menor la dosis, quedando la madre del menor muy satisfecha por los resultados obtenidos. Por lo anterior, acude al día siguiente nuevamente donde el farmaceuta, y careciendo de prescripción médica solicita una nueva dosis, a lo cual el farmaceuta accede. El menor fallece de sobredosis de fósforo. En el proceso se comprueba que si el farmaceuta hubiese consultado al médico tratante, éste hubiese autorizado la expedición de la dosis.

---

[111] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 379. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 217. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 1999, p. 385.

[112] Sobre ROXIN como el creador de esta teoría, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 380. Señala este autor "… so*bre esta teoría, fundada por mí…*". MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 30.

[113] FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., AÑOOOO, p. 32.

[114] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 219. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 276.

Caso de la anestesia y la cocaína.[115] Un médico debe aplicar anestesia a un paciente. Frente a si tiene el compuesto anestésico y una jeringa con cocaína. Equivocadamente, aplica cocaína. El paciente fallece por sobredosis de cocaína. En el proceso contra el médico se demuestra que, de haber aplicado el compuesto anestésico, el paciente hubiera generado una reacción adversa imprevisible y desconocida, por lo que igualmente hubiera fallecido.[116]

Caso de la anestesia.[117] Para la fecha de los hechos, era obligación que el odontólogo antes de aplicar la anestesia al paciente consultara con un médico. El odontólogo omite consultar con un médico y aplica la anestesia. El paciente fallece como consecuencia de la aplicación de la anestesia. En el proceso se demuestra que, de haber llamado al médico, éste hubiera aprobado la aplicación del compuesto anestésico.

Para Roxin, en este grupo de casos y en otros más con similares características debe negarse la imputación del resultado, siempre y cuando con certeza –del 100%– se demuestre que aún cuando el agente hubiese observado un comportamiento alternativo conforme a la norma, el resultado se hubiera producido.[118/119]

En fin, como podrá observarse, la propuesta de Roxin se caracteriza por su asistematicidad.

3.2. La propuesta de Jakobs[120]

A diferencia de lo que sucede con Roxin, la propuesta de Günther Jakobs representa un intento por construir un sistema de la teoría del delito en el que la

---

[115] El caso en ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 144. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 32. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo Op. cit., 1987, p. 72.

[116] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 140 y 257. Para una interpretación del mismo, FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 46.

[117] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230.

[118] En pro de la impunidad en estos casos, ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 158. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 73, 232, 244 y ss.

[119] Para una crítica a esta teoría, Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 255.

[120] Para una visión bastante completa de la obra de JAKOBS. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, pp. 17-71.

imputación objetiva abarca mucho más que el tipo objetivo, para conformar todas las categorías del esquema del delito.

La Teoría de la Adecuación Social[121] le permitió al finalismo demostrar la existencia de situaciones en las que, si bien la conducta podría adecuarse al tipo penal, las mismas no constituían acciones perseguidas por el derecho penal.

Así, por ejemplo, aparecen casos como el referido supuesto de quien toma el avión equivocado, o quien da un obsequio al funcionario público con ocasión de su cumpleaños.

Esto le permitió al finalismo oponerse al planteamiento en virtud del cual el elemento fundante del injusto penal seria el desvalor de resultado, tal y como lo sostenía su antecesor, el neokantismo, y proponer una teoría dinámica de los bienes jurídicos, en la que éstos no serían considerados piezas de museo, sino valores expuestos permanentemente a puestas en peligro.

La conclusión a la que arribó el finalismo es que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino valores ético sociales, lo que le permitió afirmar la preeminencia del desvalor de acción como fundante del injusto, con lo que el desvalor de resultado quedo relegado a un segundo plano.

Sin embargo, la referida dificultad para explicar el valor del resultado en los delitos culposos, así como las dificultades para ubicar la teoría de la adecuación social al interior de la estructura del delito, pasando ésta por la tipicidad y la antijuridicidad, condenaron al fracaso las pretensiones de la escuela finalista.

A pesar del fracaso de la propuesta finalista, fue uno de los discípulos del Profesor Hans Welzel, Günther Jakobs[122] quien llevó la ciencia penal al denominado tercer gran cambio de paradigma.[123]

La propuesta de Günther Jakobs[124] pretende una creación teórica del delito en la que se prescinda de lo ontológico, para considerarlo como un fenómeno

---

[121] Sobre la adecuación social, Vid. Supra.

[122] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 17 y ss.

[123] Al respecto, el primer cambio de paradigma sería la obra de BECCARÍA que condujo a la humanización del derecho penal. El segundo gran cambio de paradigma sería la obra de BELING, quien gracias a su definición tripartita del delito (1906) llevó la teoría del delito a un *punto de no retorno*.

[124] JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Marcial Pons, segunda edición, Madrid, 1997, pp. 9 y ss.

normativo[125] en el que, partiendo de su particular concepción de la sociedad, el derecho y la norma, lo relevante es la defraudación de expectativas, expectativas que se derivan de un determinado rol.

Al igual que Roxin, Jakobs –quizás el único aspecto donde hay un pleno acuerdo entre los dos autores, lo que ha dado lugar a que se engloben sus dos posturas equivocadamente como iguales, cobijadas bajo el epígrafe de funcionalismo– entiende que la construcción del esquema del delito debe realizarse a partir de la función de la pena.[126]

Para Jakobs, la pena reafirma la vigencia de la norma,[127] como pasaremos a explicarlo a continuación. Partiendo de la división entre hombre, sujeto y persona, y tomando en cuenta los postulados que, sobre la conformación de la sociedad hiciera Luhmann,[128] Jakobs entiende el delito no como un fenómeno ontológico, sino como una manifestación de una voluntad inteligente, como la expresión de sentido, en la que el agente afirma la no vigencia de la norma.[129]

El delito, insistimos, pierde su carácter ontológico, para entenderse como un acto comunicativo en el que el agente desconoce la vigencia de la norma.[130] La pena como respuesta al delito se sitúa entonces en el mismo plano valorativo, para entenderse no como la causación de un mal, sino como un acto comunicativo en virtud del cual se reafirma la vigencia de la norma.[131]

---

[125] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 18.

[126] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, pp. 8 y ss. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 17-71.

[127] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, pp. 8 y ss. JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, pp. 127 y ss.

[128] Sobre la relevancia del pensamiento de LUHMANN en la obra de JAKOBS, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 20. Igualmente, los autores analizan la cuestión a profundidad en el mismo capítulo, p. 24.

[129] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, pp. 8 y ss. También en PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 17 y ss.

[130] En la acción, la pérdida del carácter ontológico la pone de presente JAKOBS. JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico-penal de acción". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal.* Op. cit., 1997, p. 105. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, p. 11.

[131] En extenso. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 17-71. JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico penal de acción". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*… Op. cit., 1997, p. 119.

La influencia de Hegel es clara en este punto, pues recordemos que para este autor, el delito seria la síntesis, constituido por la negación del derecho, la pena como la antítesis, como la negación de la negación del derecho, y la síntesis sería la reafirmación del derecho.[132]

Esta visión de la función de la pena le permite a Jakobs formular una propuesta de esquema del delito en la que se prescinden de todos los elementos ontológicos.[133]

En cuanto al concepto de acción, mientras que tanto el finalismo como el causalismo planteaban un concepto ontológico de acción, en el primer caso partiendo del concepto de acción final tomado entre otras de la psicología, y en el segundo un concepto causal mecánico de acción, entendiéndola como un movimiento muscular que produce un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos, para Jakobs la acción debe entenderse como una defraudación de expectativas.[134]

Como ya tuvimos ocasión de señalarlo en otro lugar,[135] la influencia de Luhmann[136] sobre le pensamiento de Jakobs es notoria en este punto. Recordemos que para Luhmann el derecho cumple la función de protección de las expectativas. Pues bien, para Jakobs cada persona cumple un rol al interior de la sociedad, y de este rol se desprenden unas expectativas, por lo que la acción debe entenderse, no en términos causales, sino como una defraudación de expectativas, de aquello que de la persona se espera de acuerdo con el contexto normativo de que se trate.[137]

---

[132] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 24.

[133] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 17 y ss. JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal…* Op. cit., 1997, pp. 127 y ss.

[134] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, pp. 153 y ss. JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 128. El mismo, JAKOBS, Günther, "El desistimiento como modificación del hecho". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 329.

[135] BERNATE OCHOA, Francisco. *La legitimidad del derecho penal.* Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2007.

[136] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 24.

[137] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 59.

Al entender la acción como una defraudación de expectativas,[138] desaparece la distinción entre el actuar y el omitir,[139] distinción que el mismo Jakobs mantiene en su manual,[140] pero que supera en escritos posteriores. Además de abandonar la nada fácil distinción entre acción y omisión, en la tesis de Jakobs se funden la acción y la culpabilidad,[141] en tanto que solo será posible la acción en tanto que el agente obre con culpabilidad, en otras palabras, la acción es acción culpable.[142]

Los parámetros del riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y el ámbito de la victima son los que determinan los ámbitos de competencia,[143] con lo que la imputación objetiva absorbe toda la teoría del delito, dejando de ser, como en la propuesta de Roxin un mecanismo corrector de la causalidad a nivel de tipo objetivo, para convertirse en el escenario donde se agota la teoría del delito.[144]

Para determinar los roles[145] y las expectativas que a cada quien competen[146] se acude a criterios normativos, que serán los que estructuren los contenidos y límites del riesgo permitido, la prohibición de regreso, el ámbito de competencia de la víctima y la prohibición de regreso.[147]

Para ejemplificar esto, nada mejor que el conocido ejemplo de Jakobs, en el que una persona es estudiante de Biología en el día, y por la noche oficia como mesero en un restaurante. En alguna ocasión, un cliente del restaurante solicita una ensalada, siendo el estudiante el encargado de servírsela. Mientras

---

[138] Ibíd., pp. 59, 100 y ss.

[139] JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico penal de acción". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 115.

[140] Ibíd., pp. 153 y ss., en especial, pp. 940 y ss.

[141] JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico penal de acción". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 113.

[142] JAKOBS, Günther, "El desistimiento como modificación del hecho". En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal.* Op. cit., 1997, p. 329.

[143] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, pp. 222 y ss.

[144] Sobre la teoría de la imputación objetiva en JAKOBS, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, pp. 57 y ss.

[145] REYES ALVARADO, Yesid.Op. cit., 1996, p. 63.

[146] Ibíd., p. 64.

[147] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, pp. 222 y ss. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 57.

conduce la orden al cliente, el estudiante, por sus conocimientos en biología, se percata que la ensalada contiene un componente sumamente peligroso para el comensal por su alto contenido venenoso, a pesar de lo cual sirve el alimento produciéndose el deceso del cliente.[148]

En este caso, Jakobs[149] niega la imputación, en tanto que en el momento de los hechos, el mesero estaba en cumplimiento de su rol de tal, sin que importasen en absoluto los conocimientos que adquirió como estudiante de biología.

Lo mismo sucedería en el caso en el que el cirujano vascular se percatara de que ha ingresado un paciente que resulta ser su enemigo y cuya muerte desea intensamente. Al momento de realizar un tratamiento endovascular de un aneurisma de aorta abdominal, se presenta una ruptura arterial al intentar ingresar la endoprótesis, complicación que es imposible evitar; como consecuencia de lo cual se produce el deceso del paciente. En este caso, igualmente se niega la imputación, en tanto que el médico actuó de conformidad con su rol.

Determinada la creación de un riesgo permitido,[150] mediante las normas que establecen lo que debe considerarse como riesgo aprobado, y con el principio de confianza como mecanismo que permite excluir la imputación objetiva a quien, realizando un trabajo en equipo, confía en que los demás miembros cumplirán con su rol, deberá determinarse el resultado típico y la relación de imputación entre el riesgo creado y el resultado acontecido.

En el ámbito de la tipicidad se entiende entonces que no todos los ataques al bien jurídico tienen trascendencia jurídico-penal, sino solamente algunas formas de ataque al interés jurídicamente tutelado.[151] A manera de ejemplo, diríamos que las lesiones que se ocasionan en desarrollo de una actividad deportiva escapan al derecho penal,[152] aun cuando las mismas encuadren dentro del tipo penal –de lesiones personales– y cuando evidentemente se ha producido una lesión al bien jurídico *integridad personal*.

---

[148] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 133.

[149] JAKOBS, *Kaufmann- Gadächtnisschrift*. Citado por REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 133.

[150] Sobre la similitud en este punto entre el pensamiento de JAKOBS y la doctrina mayoritaria, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 57.

[151] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 61.

[152] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1004.

4. ¿Crisis de la teoría de la imputación objetiva?

En cualquier ciencia es normal que los conceptos que la misma ha construido se replanteen de tiempo en tiempo y se revisen las categorías sobre las cuales trabaja la ciencia de que se trate dando lugar a la sucesión de las escuelas del pensamiento.

En materia penal, por ejemplo, del paradigma ontológico que constituye el común denominador para las escuelas causalista y finalista, se pasó al paradigma de lo normativo, dando lugar a una renovación del pensamiento y a una reconstrucción de las categorías del delito.

Es así como la teoría de la imputación objetiva, que sigue siendo mayoritariamente aceptada, ha encontrado críticas que, para algunos, permiten avizorar el fin de su reinado teórico. En este apartado nos referiremos a estas críticas, para posteriormente determinar si las mismas efectivamente tienen la entidad para debilitar la teoría de la imputación objetiva y dar paso a una nueva forma del pensamiento.

Las críticas a la teoría de la imputación objetiva mayoritariamente[153] provienen de sectores finalistas, y se resumen en que esta nueva corriente del pensamiento penal no aporta nada nuevo,[154] pues se afirma que ya las tesis finalistas habían logrado la normativización del delito culposo a partir del entendimiento del mismo como la infracción al deber de cuidado que produce (nexo de antijuridicidad) un resultado típico y que la teoría de la imputación objetiva no produce mejores resultados a nivel del delito doloso de los que se alcanzan con un entendimiento subjetivo del injusto.[155] En otras palabras, para quienes critican la teoría de la imputación objetiva, la misma no aportaría nada nuevo[156] y las soluciones que esta corriente produce en los casos en concreto no dista de aquellas que logró el finalismo.

---

[153] Sobre el punto. FRISCH, Wolfgang. "La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático". En: FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Segunda edición. Ed. B de F. Montevideo, 2006. p. 17.

[154] FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2006, p. 17. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 202.

[155] Específicamente, en el filtro que cumple el dolo y en los criterios de la autoría encontrarían los finalistas la solución a los problemas que se resuelven mayoritariamente con la teoría de la imputación objetiva. FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2006. p. 21.

[156] Ibíd., p. 22.

Consideramos que esta crítica puede ser parcialmente cierta en lo que tiene que ver con el delito culposo para un entendimiento de la imputación objetiva como el que propone Roxin, en tanto que, ciertamente, a nivel del delito imprudente lo único que se observa con esta forma de entender la imputación es un cambio en la denominación de las categorías dogmáticas, que ya no se llamarán infracción al deber de cuidado sino creación de riesgo desaprobado y relación de riesgo que en adelante dejará de denominarse nexo de antijuridicidad.

En el delito doloso, en cambio, la teoría de la imputación objetiva sí supone un avance frente a lo que sostenía el finalismo, pues a partir de esta última tesis resulta por lo menos difícil –si no imposible– plantear soluciones a casos como el tan nombrado suceso en que se invita al tío a dar un paseo por el bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo cual efectivamente sucede.

La falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, como componente del injusto, es la explicación correcta para la impunidad de casos como éste, en los que ciertamente concurre el desvalor de acción a pesar de lo cual no son punibles.

Adicionalmente, la teoría de la imputación objetiva supone una forma correcta de resolver los problemas de la causalidad no solo a nivel del delito culposo, sino también en el delito doloso,[157] por lo que su aporte es realmente trascendental para la ciencia penal contemporánea.

La presunta carencia de aporte de la teoría de la imputación objetiva pierde todo su valor en tratándose de la corriente normativista del delito, en la que se presenta una total ruptura frente a los conceptos ontológicos del finalismo, de manera que entendemos que estas críticas, dirigidas en gran parte al concepto de imputación objetiva propuesto por Roxin, no afectan en absoluto este entendimiento.

Por otra parte, apunta Kaufmann que lo relevante no es la creación del peligro sino las representaciones del autor, en tanto que de este criterio dependen los conceptos de creación y realización del peligro. En igual sentido, Struesse ha señalado que buena parte de las cuestiones que mayoritariamente se resuel-

---

[157] DONINI, Massimo. *Illecito e colpevolenza nell`imputazione del reato.* Dott A. Giufré Editore, Milán, 1991, p. 292.

ven acudiendo a la teoría de la imputación objetiva pueden ser resueltas desde el tipo subjetivo.

En conclusión la teoría de la imputación objetiva se encuentra más viva que nunca y continuará siendo la manera más correcta para la solución de casos problemáticos.

5. Conclusión

5.1. La adopción de la propuesta normativista de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva representa el más importante avance de la ciencia penal en los últimos tiempos. Mas allá de que su aceptación no sea uniforme y que aún subsistan posturas contrarias a la misma, los aportes que ha realizado a la ciencia penal son innegables y, en todo caso, irreversibles.

Ámbitos como el de las lesiones ocasionadas en desarrollo de actividades deportivas o en desarrollo de la actividad médica pueden ser fácilmente explicados y resueltos de manera satisfactoria con la aplicación de esta teoría.

Lo anterior, sin perjuicio de que la teoría de la imputación objetiva permite resolver de manera sistemática problemas que a lo largo de la ciencia penal habían constituido escollos insalvables para las diferentes escuelas, como sucede en el área de la autoría y la participación, el delito imprudente o el delito de omisión.

En cuanto a los problemas de la autoría, las tesis de la imputación objetiva han aportado a la ciencia penal la teoría de la infracción del deber para resolver los problemas del *extraneus* en los delitos especiales, cuya formulación pertenece a Roxin y que es ampliamente desarrollada por Jakobs. Así mismo, continuando con los problemas a nivel de la autoría y la participación, la teoría de la imputación objetiva, a través de la prohibición de regreso, permite resolver los complicados casos en los que existe complicidad, mediante las denominadas acciones cotidianas, como sucede cuando el taxista transporta a quienes posteriormente cometen un delito.

En cuanto al delito de omisión, al tratarse de una categoría claramente normativa, cualquier escuela ontológica estaba condenada a fracasar en el in-

tento de explicar esta modalidad del actuar, pues claramente es imposible explicar desde la óptica del ser un fenómeno valorativo como lo es la omisión.

La teoría de la imputación objetiva, al trasladar la importancia de lo subjetivo a los niveles de competencia de cada persona, permite no solamente superar la distinción entre acción y omisión sino también dotar al delito de omisión de una explicación sistemática correcta, coherente frente a la que se brinda para explicar las demás categorías del delito y que, en ultimas, delimita las competencias de cada persona, con lo que se torna posible aquella celebre afirmación de Jakobs en virtud de la cual “no todo es competencia de todos”.

Como lo hemos demostrado, la teoría de la imputación objetiva encuentra en la actualidad dos maneras diferentes de entenderse, como lo son la tesis de Roxin y la de Jakobs.

La influencia de Roxin en la actualidad de la ciencia penal es indiscutible, así como la importancia de sus aportes, a pesar de lo cual nos permitimos distanciarnos de sus postulados por las siguientes razones.

La renuncia al sistema. En primer lugar, nos apartamos de la propuesta de Roxin por cuanto consideramos necesaria la construcción de un sistema que permita la coherencia en la solución de casos y la predictibilidad en la solución de los mismos, como garantías de todo ciudadano.

La labor de la dogmática penal es precisamente, mediante la aplicación del método dogmático, la de permitir la solución uniforme y previsible de los casos que se presentan en la práctica y aportar, a través la crítica, a los procesos legislativos y jurisprudenciales del sistema penal en su conjunto, de manera que éstos se tornen uniformes para todos los asociados, sin distingos de ninguna clase y, sobre todo, predecibles.

Renunciar a la construcción de un sistema torna el sistema en imprevisible y la posibilidad de una infinidad de soluciones frente a un mismo caso atenta claramente contra el principio de igualdad.

De antaño ha existido el temor de un distanciamiento entre los postulados de la dogmática penal y la práctica judicial, en la que el lenguaje dogmático no se corresponde con las prácticas del sistema, en el que muchos de quienes se encuentran involucrados desconocen y, por ende, inaplican los postulados dogmáticos.

Al respecto, consideramos que el problema no radica en la construcción dogmática -cualquiera que sea- en cuanto tal, sino en las posibilidades de difusión y acceso de los interesados en el sistema penal a la misma, en tanto que, en la medida en que todos los interesados tengan acceso a esta información y conozcan la justificación, la evolución, la utilidad y el funcionamiento mismo de la dogmática penal, el sistema tendrá un mejor funcionamiento, pues las decisiones que al interior del mismo se produzcan serán coherentes, previsibles y por ende, respetuosas de la igualdad.

Categorías como la de la imputación objetiva y la autoría, en las que las soluciones propuestas por Roxin han sufrido sucesivas modificaciones -sin contar con el viraje que sufrió su posición frente a la función de la pena (!)- ciertamente dan lugar a descartar, por asistemática, su propuesta.

El dualismo metodológico. La propuesta de Roxin acoge el denominado dualismo metodológico, es decir, se propone un sistema donde convivan lo ontológico y lo valorativo.

Categorías como las del dolo, la accesibilidad normativa –con la que pretende sustituir el concepto de culpabilidad como reproche– y la acción como exteriorización de la personalidad, con un claro componente ontológico, se mezclan componentes valorativos, como son las categorías del bien jurídico, la teoría de la infracción del deber como criterio para resolver el problemático asunto de la participación de extraños en los delitos especiales y el desvalor de resultado.

Al ser el delito un elemento claramente valorativo, pues sería imposible reconocer su existencia en el mundo del ser, el tratamiento que al mismo se le debe dar, para explicarlo metodológicamente, debe ser igualmente valorativo, dejando la categoría de lo ontológico como una estructura que debe ser acatada y respetada por lo valorativo.

La legitimación del sistema penal a partir de la tutela de bienes jurídicos. En cuanto a aquella concepción según la cual la antijuridicidad y la esencia de lo ilícito que subyace en el delito como la lesión o puesta en peligro de una situación valiosa genera las siguientes dificultades.

a. Parte de un entendimiento estático de los bienes jurídicos, en virtud del cual cualquier afectación a los mismos significa un ilícito. Así, por ejemplo, el boxeador que en desarrollo de un combate ocasiona una

fractura de la pared etmoidal de la órbita a su contendor, lesiona su integridad personal como bien jurídico y los cultores de estas tesis se ven en serios aprietos a la hora de explicar la impunidad de tales comportamientos.

b. La doctrina del bien jurídico desconoce la conexión entre derecho y sociedad, pues vincula la problemática de la legitimidad a las consecuencias externas de una conducta en tanto que referidas a la lesión o puesta en peligro de determinados bienes, atomizando la sociedad a colecciones de bienes.
c. Entender que lo relevante en la conducta delictiva está determinado por la lesión o la puesta de un bien jurídico conlleva el sacar de lo social hacia lo metafísico el fenómeno del delito, desgarrándolo de su raíz que es lo social, desconociendo la existencia del conflicto y de sus actores.
d. El surgimiento de nuevos espacios de criminalización, tales como la delincuencia económica y ambiental, ha puesto en serios aprietos a los cultores de la teoría del bien jurídico, quienes no pueden explicar el contenido de lo protegido ni la manera cómo se produce el ataque al objeto de tutela en aquellos eventos en los que no es posible obtener un daño verificable por los sentidos, o en los eventos de delitos ambientales en los que el daño se produce con una importante separación temporal en relación con la conducta.
e. Sostener la doctrina del bien jurídico termina por dificultar la legitimidad de la pena, en tanto que la misma quedaría desprovista de legitimidad alguna diferente a la mera retribución. En efecto, lesionado el bien jurídico, como sucede cuando se extingue la vida, la pena no podría regresar la vida a quien ha fallecido, por lo que su única justificación sería una retribución, por supuesto que en términos clásicos absolutos, es decir, como causación de un mal.

Por lo anterior, consideramos más acertada la postura de Jakobs para explicar no solamente el fenómeno de la imputación objetiva, sino, en general, toda la sistemática del delito.

5.2. La forma de operar de la imputación objetiva. Imputación objetiva en sentido amplio y en sentido estricto

Al inicio del presente apartado sosteníamos que uno de los principales obstáculos que para su desarrollo y aplicación ha encontrado la teoría de la imputación objetiva es la confusión sobre lo que esta tesis constituye y el método que aplica para la solución de los casos en concreto.

En este apartado, habiendo ya establecido el concepto mismo de imputación objetiva y de las diferentes posturas que sobre la misma existen en la actualidad, procedemos a desarrollar en concreto lo que en la actualidad se entiende por imputación objetiva y cuál es el método que debe aplicarse para resolver los diferentes casos que se presenten ante los tribunales.

En cuanto a lo primero, es decir, el concepto mismo de imputación objetiva en la actualidad, diremos que hay que iniciar por establecer una diferenciación entre imputación objetiva en sentido amplio e imputación objetiva en sentido estricto,[158] o, lo que entendemos es lo mismo, imputación de la conducta e imputación del resultado, siguiendo en ello a Cancio Meliá.[159]

En el caso de la *imputación objetiva en sentido amplio*, o *imputación de la conducta* tenemos que, a través de la aplicación de los criterios de riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y autopuesta en peligro, podemos determinar si una conducta se adecúa o no a lo dispuesto en las normas penales. En otras palabras, la imputación objetiva nos permite establecer con exactitud y mediante criterios normativos si una persona –en el sentido jurídico penal de la expresión– ha desarrollado aquello que las normas penales consideran como delictivo, si su conducta se adecúa a lo previsto por el tipo penal.[160]

Anteriormente, el juicio de adecuación de la conducta al tipo penal se realizaba mediante la aplicación de criterios exegéticos de interpretación, de manera que se tomaba la acción efectivamente realizada y se establecía si gramaticalmente encajaba dentro de la prohibición establecida de manera impersonal, general y abstracta por el legislador. Mediante la aplicación de la imputación

---

[158] Sobre esta diferenciación, MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2003.

[159] Igual, PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 305.

[160] FRISCH, Wolfgang. Op. cit., 2004, p. 28. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 226.

objetiva como acá se entiende, este juicio gramatical será apenas uno de los pasos que debe desarrollarse para determinar la adecuación de la conducta a la prohibición, juicio que deberá complementarse con los criterios de riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y autopuesta en peligro.

Procedemos ahora a ocuparnos de cada uno de estos elementos de la imputación objetiva en sentido amplio, para posteriormente ocuparnos de la imputación objetiva en sentido estricto.

Para que podamos hablar de que la conducta es imputable a una persona, es necesario determinar la no concurrencia de los criterios de riesgo permitido,[161] prohibición de regreso, autopuesta en peligro y principio de confianza, aspectos a los cuales nos referimos a continuación.

Como lo sostuvimos anteriormente, la teoría de la imputación objetiva tiene sus mayores desarrollos en la segunda mitad del siglo XX, lo cual es fácilmente comprensible si tenemos en cuenta que es en esta época en la que se producen grandes desarrollos en diferentes ámbitos los cuales llevan inmersa la posibilidad de la causación de resultados lesivos para las personas.

En efecto, es en la segunda mitad de este siglo cuando se producen, entre otros, el acceso masivo al tránsito automotor y aéreo, los avances médicos en materia de cirugías de alto riesgo, el acceso masivo a medios de comunicación como la internet, situaciones todas que producen progresos para los ciudadanos pero a costa de una serie de riesgos inevitables para sus intereses, como pasamos a demostrar.

En efecto, nadie podrá desconocer que el tránsito automotor supone un gran avance para la humanidad, en la medida en que los ciudadanos pueden desplazarse rápidamente de un lugar a otro con los beneficios que ello reporta para su cotidianidad. Sin embargo, el riesgo –entendido como la posibilidad del acaecimiento de un resultado lesivo para sus intereses– de sufrir un accidente en el que, incluso, podrían perder la vida es elevado, como lo muestran las cifras de accidentalidad en países como España o Colombia, en donde año tras año, miles de personas fallecen en accidentes de tránsito.

Lo mismo sucede, por ejemplo, en materia de medios masivos de comunicación, a través de los cuales los sujetos pueden acceder de manera casi ili-

---

[161] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 274.

mitada a información de otras personas, a costa muchas veces de la intimidad de estas últimas. En este caso, el riesgo sería una invasión de la intimidad de un tercero y el beneficio estaría dado por la posibilidad de acceder a personas de todo el planeta con un simple *click* en un ordenador.

El legislador entonces se encuentra frente a una disyuntiva y es, o prohibir estas conductas ante la posibilidad de que se concreten en resultados lesivos, o regularlas de manera tal que si bien no se eliminará la posibilidad de una lesión, se reduzca la probabilidad de que esta ocurra.

Prohibir este tipo de comportamientos conllevaría un atraso social, por lo que los legisladores de nuestros países han acudido a la regulación de los mismos con la esperanza de reducir la producción de resultados lesivos para los intereses de los ciudadanos.

En este marco es donde surge la institución del riesgo permitido, en la medida en que se tolera la puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros siempre que se haga cumpliendo los parámetros legales existentes, que, insistimos, buscan reducir la posibilidad del acaecimiento de resultados fatales para otras personas.

Así, en aquellos eventos en que alguien ocasione la lesión de un bien jurídico de un tercero, pero lo haga desarrollando su actividad dentro del marco permitido por el legislador, debe negarse la imputación del comportamiento, en la medida en que no estaremos frente a un delito sino frente a un accidente.[162]

El ordenamiento jurídico no puede, por su misma unidad y coherencia, permitir por un lado la realización de una conducta para posteriormente imputar el comportamiento a quien lo realice dentro de los causes legales, y esto es lo que determina el que no pueda imputarse el comportamiento a quien obre dentro de los límites legalmente tolerados, o lo que es lo mismo, debe *negarse la imputación de la conducta en aquellos casos en que se obre dentro del riesgo permitido*.

En aquellos eventos en que los límites tolerados no sean los correctos, lo cual puede suceder, por ejemplo, en el ámbito médico, no es asunto que incumba a quien realiza la conducta, sino que será el legislador quien deba corregir la regulación del comportamiento riesgoso.

---

[162] Sobre esto, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

Ejemplo de ello es el que en Colombia el uso del cinturón de seguridad obligatorio en el marco de la conducción de vehículos automotores sea relativamente reciente. En estos casos, si antes de la regulación de este aspecto, alguien se lesionaba y se demostraba que ello no habría acontecido si hubiese llevado el cinturón de seguridad, era un aspecto que no podía considerarse, pues nuestra legislación no establecía tal obligación para los conductores.

La categoría del riesgo permitido demuestra el carácter marcadamente normativo de la teoría de la imputación objetiva, en la medida en que, para determinar la creación de riesgos, debemos acudir a fuentes normativas, fuentes que son cambiantes con el paso del tiempo y el surgimiento de nuevas instituciones sociales y que permiten la adaptación de la tesis a la evolución de la sociedad.

Así, para determinar si se ha creado o no riesgo jurídicamente desaprobado debemos acudir a la normatividad que regule la conducta, la *lex artis,*[163] la jurisprudencia, y ante la ausencia de estos criterios, al baremo, es decir, un hombre promedio, con los mismos conocimientos y las mismas capacidades que quien en el caso concreto actuó, situado en sus mismas condiciones. Esto será desarrollado ampliamente para el caso de los profesionales de la salud, en el capítulo siguiente.

De la institución del riesgo desaprobado se desprende la del principio de confianza, en virtud del cual no crea riesgo desaprobado quien, en el marco de una actividad en conjunto, y sin ostentar la posición de garante, obra confiado en que los demás participantes en la actividad que se desarrolla en conjunto, cumplirán con aquello que de ellos se espera.

No será aplicable este principio en aquellos eventos en que quien pretenda invocarlo ostente la posición de garante, o cuando sea evidente que el encargado de determinada actuación va a realizarla incorrectamente.

Al ser la actividad médica una actividad que permanentemente se especializa, es uno de los escenarios donde el principio de confianza tiene un mayor desarrollo, por lo que nos referiremos al mismo de manera extensa en el siguiente apartado.

---

[163] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 287.

La *prohibición de regreso e*s otro de los criterios que nos permite determinar la imputación objetiva del comportamiento, y surge para resolver aquellos casos en los que se favorece, mediante una conducta imprudente, la causación dolosa de un resultado por parte de un tercero.

> **Ejemplo**: Quien asiste a una función de teatro deja en manos de un empleado del teatro su abrigo en el que porta un arma cargada y sin las seguridades del caso. El empleado del teatro se percata de ello, toma el arma y dispara contra su enemigo.

Aplicando la teoría de la prohibición de regreso en su formulación inicial, tendríamos que afirmar que no puede retrotraerse la cadena de imputación para imputar objetivamente la conducta a quien imprudentemente ha favorecido el delito doloso cometido por un tercero.

La teoría de la prohibición de regreso evolucionó para posteriormente excluir la imputación de la conducta a todo aquel que, obrando dentro del riesgo permitido, facilita la comisión de un delito por parte de un tercero, citando como clásico ejemplo, el caso del taxista que transporta a quien posteriormente comete un delito de homicidio.

Hoy en día se encuentra en discusión esta institución de la prohibición de regreso y se señala que no podrá invocarla quien ostente la posición de garante frente a quien causa finalmente el resultado, como tampoco quien instrumentaliza a aquel que finalmente causa el resultado.

Por último, como consecuencia de la diferenciación entre sujeto, individuo y persona, y a partir de la incorporación del principio de autorresponsabilidad a la moderna teoría del delito, se entiende que, en aquellos casos en que exista una actividad en conjunto entre dos o más personas, de las cuales una es consciente de la posibilidad de que acontezca un resultado lesivo hacia aquellos bienes jurídicos que se encuentran en su haber,[164] se acaba derivando de dicha actividad una lesión hacia uno de los intervinientes en la misma, el resultado

[164] En los casos en el que el incitador o promotor se percata de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión debe aceptarse la creación de un riesgo desaprobado. Al respecto, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 390.

no debe ser imputado a los demás agentes, en la medida en que la imputación se realiza a la víctima.[165]

Conocido es el caso en el que un médico realiza un viaje a la India, regresando del mismo contagiado con el virus de la viruela. Aunque se sentía muy enfermo, el galeno se reintegró a sus labores sin someterse previamente a un reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes resultaron contagiados y contrajeron la viruela. Igualmente ocurrió con un sacerdote que, con el conocimiento del riesgo, se había sometido voluntariamente a cuarentena.[166] En este caso, el médico contagiado fue condenado por lesiones u homicidio imprudentes en relación con las personas que resultaron contagiadas sin saberlo. Para el caso del sacerdote, el BGH igualmente condenó al médico que facilitó el contagio argumentando que no existía un consentimiento del religioso a las lesiones, pues el consentimiento, aduce el Tribunal, solo puede referirse a una acción u omisión futura, no a una pasada.[167]

En este caso, en la medida en que el sacerdote podía entender el riesgo al que se sometía al ingresar a una unidad en el que se encontraban enfermos, no cabe duda de que previó la posibilidad de un resultado lesivo para sus intereses, por lo que entendemos que la absolución en su caso deberá ser la solución correcta.

En los casos de la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, como sucede cuando alguien aconseja a otro que atraviese un río con hielo quebradizo, lo cual éste realiza ocasionándose su deceso, suele señalarse que, en la medida en que la participación en el suicidio o en las autolesiones son impunes, también debe estar por fuera del alcance de la Ley la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.[168]

---

[165] El BGH (BGH St 24, 342) se refiere a un caso en el que dos sujetos realizan una competición con motos estando los dos bebidos, pero con plena conciencia de la situación. Durante la competencia, uno de los contrincantes, por su propia impericia, sufre un accidente mortal. El BGH condenó al otro conductor por el delito de homicidio imprudente. Crítico frente a esta decisión, ROXIN. ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 387.

[166] Con comentarios en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 387.

[167] En contra, ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 387.

[168] Señala al respecto el BGH: "*Las autopuestas en peligro queridas y realizadas por propia responsabilidad no son subsumibles en el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si se realiza el riesgo conscientemente corrido con la puesta en peligro. Quien meramente incita, posibilita o facili-*

Casos como el contagio de enfermedades de transmisión sexual[169] o la sobredosis en el consumo de estupefacientes[170] reciben un tratamiento sistemático que permite excluir la responsabilidad del agente por el delito de homicidio imprudente[171] en la medida en que se entiende que la imputación del comportamiento debe realizarse a la víctima, en la medida en que se encuentre plenamente consciente del riesgo y no haya sido instrumentalizada por parte del sujeto activo de la conducta.

En la medida en que está clara la improcedencia de la imputación de la conducta en aquellos en que la víctima es consciente del riesgo que la actividad supone para sus bienes jurídicos, se presenta la inquietud de lo que acontece cuando la víctima del comportamiento se encuentra en una situación de imputabilidad disminuida.[172] Roxin señala, con acierto, que en estos casos es necesario diferenciar entre aquellos supuestos en los que la disminución de imputabilidad le afecte o no la capacidad de comprensión del riesgo. Si la disminución de la imputabilidad solamente afecta sus posibilidades de inhibición más no las de comprender el riesgo, es procedente la imputación a la víctima excluyendo así la responsabilidad de quien comparte la actividad riesgosa con la víctima.

---

ta tal autopuesta en peligro no es punible por un delito de lesiones o de homicidio". BGHSt, 32,262. Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 389.

[169] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 395. Señala ROXIN que en estos casos hay impunidad si los sujetos que participan en la relación arriesgada son conscientes y son responsables conjuntamente de la actuación. Por el contrario, será procedente la imputación del resultado que suceda cuando a. el enfermo de SIDA oculta su contagio en un contacto sexual sin protección y b. se obliga a la pareja no infectada y que se resiste a la *arriesgada aventura.* Con notas y comentarios, en el mismo ROXIN, p. 396.

[170] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 304. En principio, el BGH no era proclive a absolver por este tipo de situaciones. Al respecto, BGH, NStZ, 1981, 350. "*Quien, entregándole heroína, causa la muerte de un heroinómano, se convierte en culpable de un homicidio imprudente, si le es conocido o tiene que contar con que el heroinómano se va a inyectar la droga, y si ha sabido o habría podido saber la peligrosidad de la sustancia entregada".* Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 389.

[171] Sin embargo, en algunas providencias el BGH, si bien excluye la imputación de la muerte derivada de sobredosis de estupefacientes, admite la imputación por la vía omisiva al suministrador de la droga si éste no llama al médico al producirse la inconsciencia del consumidor. Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 389.

[172] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 390.

Por el contrario, si la situación de imputabilidad disminuida afecta su *capacidad de intelección* de manera que ya no es completamente consciente del riesgo, debe imputarse el resultado al autor al ser improcedente la figura de la autopuesta en peligro que, insistimos, supone comprensión del riesgo.[173]

Interesante para los efectos del presente estudio resulta el caso en el que un médico, en un tratamiento de desintoxicación, formula a un farmacodependiente una droga con la que éste se provocó la muerte inyectándose una sobredosis. En el presente caso, el BGH, partiendo de la normalidad psíquica del enfermo y por ende su normalidad de decisión, a partir de la consideración de la posición de garantía del profesional de la salud, lo condenó como autor de un homicidio imprudente.[174] Al referirse a esta sentencia, Roxin admite como correcto el resultado por la vía de la inimputabilidad del paciente que impedía el que tomara una decisión responsable, lo cual compartimos. Por el contrario, la argumentación del BGH, es decir, la estructuración de la imputación del resultado a partir de la posición de garantía del médico, implica que éste no solamente deba evitar las lesiones al enfermo provenientes de la afectación de la salud que padece, sino que además es responsable por los daños que éste pueda ocasionarse a sí mismo con los medicamentos, lo cual, como acertadamente señala Roxin conduce a que un médico tenga permanentemente *un pie en la cárcel.*[175]

Un amplio margen de aplicación de esta tesis lo encontramos en los supuestos en los que el paciente, en desarrollo de su autonomía y consciente del riesgo rechaza el tratamiento, como sucede en los casos en que, por creencias religiosas, se rechaza la transfusión de sangre, hemocomponentes o hemoderivados.

En estos casos diremos que el profesional de la salud no debe responder por la no aplicación de la sustancia, aplicando la teoría de las autopuestas en peligro. Interesante resulta la discusión sobre el caso en el que el médico A lesiona imprudentemente en una intervención quirúrgica, como consecuencia de la lesión es necesario realizar una transfusión que el paciente rechaza. En estos

---

[173] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 391.

[174] BGH JR 1979, 429. Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 389.

[175] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 390.

casos suele negarse la imputación del resultado muerte y afirmarse la imputación de las lesiones. Se niega la imputación del resultado muerte aplicando la tesis de la autopuesta en peligro.[176]

Como lo vimos anteriormente, Roxin niega la imputación del comportamiento en aquellos casos en que mediante la creación del riesgo se *mejore la situación del bien jurídico*, o en aquellos casos en que la conducta, al momento de su realización, no constituya un *peligro objetivo para el bien jurídico*.

Establecida la adecuación gramatical de la conducta a la previsión del legislador, y la posibilidad de la *imputación de la conducta*, es necesario aplicar un segundo componente a este juicio, que recibe el nombre de *imputación objetiva en sentido estricto* o *imputación de resultados*, es decir, la existencia de una relación entre el riesgo creado y el resultado lesivo para el bien jurídico en el caso en concreto.[177]

Así, establecida la imputación del comportamiento, y el acaecimiento del resultado, es necesario determinar la relación entre uno y otro, lo cual recibe el nombre de imputación del resultado.

Para ello, consideramos –siguiendo a Reyes Alvarado– que el método a aplicar no difiere del que se trabaja en la teoría de la *conditio sine qua non*, es decir, el intérprete debe eliminar mentalmente el riesgo creado, de manera que, si el resultado desaparece, es porque concurre la relación de riesgo entre la conducta y el resultado, siendo procedente la imputación del resultado, mientras que, si eliminado mentalmente el riesgo, el resultado se mantiene, debe negarse la imputación del resultado.

Por supuesto que en materia de derecho penal médico, la relación de riesgo debe estar establecida mediante un dictamen pericial, que permita al juez entender científicamente la cuestión y ligar el riesgo creado con el resultado finalmente causado.

Como ya lo mencionamos anteriormente, Roxin introduce unos criterios para determinar la imputación del resultado a los cuales ya nos referimos ante-

[176] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 392. ROXIN ampliaría esta postura incluso a los delitos dolosos, como cuando en desarrollo de una manifestación política A hiere al manifestante B quien, para morir como un mártir rechaza cualquier tipo de colaboración. En criterio de ROXIN A debe ser castigado por tentativa de homicidio más no por homicidio, en el mismo ROXIN, p. 390.

[177] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 226.

riormente, como lo son el del ámbito de protección de la norma y el del incremento del riesgo, de manera que no se imputarán aquellos resultados que, si bien causalmente se encuentran ligados al riesgo permitido, no son aquellos que la norma contentiva del deber de cuidado y que fue infringida por el agente, busca evitar (teoría del ámbito de aplicación de la norma), o cuando se establezca con certeza que aún observando el agente una conducta conforme a derecho el resultado igual se hubiera producido (teoría del incremento del riesgo).

Además de la asistematicidad de uno y otro criterio los consideramos incorrectos, como pasamos a demostrarlo a continuación. En lo que tiene que ver con la tesis del ámbito de protección de la norma, creemos que en la mayoría de los casos es indeterminado lo que constituye exactamente el resultado que la norma busca evitar, con lo que su aplicación es imprevisible y depende en cada caso del juez que conozca de cada caso en particular.

En lo que tiene que ver con la teoría del incremento del riesgo, sus críticas las centramos en dos puntos, concretamente, primero, en lo que tiene que ver con la escogencia de la conducta alternativa conforme a derecho por parte del intérprete y, segundo, en tanto que consideramos que la cuestión de la responsabilidad no debe tener consideraciones de tipo hipotético, como pasamos a argumentar a continuación.

En cuanto a lo primero, se niega la imputación objetiva del resultado cuando se demuestre –a nivel de certeza– que con un comportamiento alternativo conforme a derecho se hubiera producido el mismo resultado, pero no se dice nada sobre cómo proceder cuando existen, como suele suceder, varias opciones de comportamiento alternativo, todas conforme a derecho.

En cuanto a lo segundo, esto es, el que la cuestión de la responsabilidad no debe tener consideraciones de tipo hipotético, creemos que no es posible afirmar con certeza qué hubiera sucedido con un comportamiento alternativo conforme a derecho, pues jamás podremos determinar lo que sucederá en el futuro. En el caso del farmaceuta, no podemos afirmar jamás que el médico a quien debió consultar efectivamente iba a contestar el teléfono, o a atenderle, como parecen presuponer quienes sostienen esta teoría.

En últimas, las teorías jurídicas deben simplificar la solución de los casos en la praxis judicial y aplicar todos estos criterios asistemáticos a la teoría de la imputación objetiva y que surgieron sobre la marcha, logra justamente lo

contrario, es decir, complicar la institución y por ende dificultar su aplicación en la práctica.

Como puede apreciarse, la imputación objetiva es mucho más que una teoría que permita establecer un correctivo a la causalidad, es una forma de resolver integralmente, mediante la adopción de criterios normativos, la cuestión de cuándo una conducta se adecúa o no a la prohibición establecida por el legislador.

Capítulo II
La creación de riesgos desaprobados

1. Introducción

Como se enunció anteriormente, para que sea procedente la imputación objetiva debe verificarse la creación de riesgos desaprobados[178] y la concreción[179] de estos riesgos en resultados descritos por la norma penal.[180]

En este capítulo nos ocuparemos del primero de estos requisitos, a saber, la creación de riesgos desaprobados.[181] Teniendo en cuenta que el presente trabajo versa sobre la responsabilidad médica y atendiendo el que ya nos referimos sucintamente en el apartado anterior a esta institución en general, la exposición que a continuación se realizará versa sobre esta especialidad.

El siglo XX trajo con sigo grandes avances tecnológicos, los cuales facilitaron inmensamente la vida cotidiana de todos los habitantes del planeta, pero, así mismo, supuso la aparición de nuevos riesgos para todos nosotros. Pensar en una vida sin estos avances tecnológicos es hoy en día imposible, en la medida en que sus beneficios son inmensos.[182]

Pues bien, es precisamente la ponderación entre el riesgo que supone determinada actividad y los beneficios que de la misma se derivan la que permite determinar si un riesgo debe aprobarse o por el contrario desaprobarse.[183] La regla general es que en la medida en que una actividad riesgosa genere beneficios a una gran parte de la comunidad, deberá permitirse su realización dentro

---

178 DONINI, Massimo. Op. cit., 1991, p. 333.

179 PUPPE. Ingeborg. Op. cit., 2001. pp. 57 y ss.

180 HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., 1999, p. 38. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230. Sobre la atipicidad del resultado ocasionado actuando dentro del riesgo permitido, ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 144.

181 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 85.

182 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 106 y ss. Igual en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2007. p. 50.

183 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 107 y ss. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 274.

de unos parámetros que permitan no evitar totalmente la producción de resultados lesivos para bienes jurídicos, sino minimizar las posibilidades de producción de este tipo de insucesos.[184]

Así, actividades como el transporte aéreo, terrestre o marítimo no pueden ser erradicadas, pues los beneficios que las mismas reportan son innegables y benefician a un gran sector de la población. Ante la imposibilidad de erradicar este tipo de actividades, lo procedente es establecer una serie de medidas preventivas que minimicen las probabilidades de producción de resultados lesivos para bienes jurídicos.

La consecuencia de determinar el riesgo permitido salta a la vista, pues en aquellos eventos en los que se produzcan resultados lesivos para bienes jurídicos obrando dentro del riesgo permitido, la conducta escapará al derecho penal por la vía de la atipicidad.[185] La justificación de la impunidad por vía de la atipicidad de los resultados ocasionados obrando dentro del riesgo permitido es la unidad que debe existir en el ordenamiento jurídico, en tanto que, como conjunto armónico que es, no podría, a la vez, tolerar una actividad, y penalizar los resultados que se produzcan realizando lícitamente la referida actividad.[186]

En el caso de la medicina, si bien muchos de los procedimientos médicos se encuentran ampliamente decantados (piénsese en el caso de la cirugía general en donde la realización de una apendicectomía o una colecistectomía está claramente establecida) es inevitable que en ejercicio de la misma se produzcan resultados lesivos para los usuarios del sistema de salud. Sin embargo, resultan indiscutibles los beneficios que para la humanidad reporta esta noble profesión, en tanto que se encarga de la supervivencia misma de nuestra especie dentro de unas condiciones mínimas de salubridad.

Así pues que ante la imposibilidad de proscribir el ejercicio de la medicina, lo procedente es regular esta profesión, de manera que se minimicen las posibilidades de que riesgos –implícitos a este tipo de actividad– se concreten en

---

[184] Sobre la determinación del riesgo desaprobado, cfr. REYES ALVARADO, Op. cit., 1996, pp. 113 y ss.

[185] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1999, p. 273.

[186] Sin embargo, en criterio de algunos autores las actuaciones médicas conformes a la *lex artis* no operan como excluyentes de la tipicidad sino que se trata de casos de estricto cumplimiento de un deber legal que por ende afectarían la antijuridicidad. BOUZAT, Pierre y PINATEL Jean. Op. cit., 1963, p. 289.

resultados lesivos para bienes jurídicos de conformidad con los avances de la ciencia.[187]

2. Fuentes del riesgo permitido en materia de responsabilidad penal médica

2.1. Fuentes del riesgo permitido

Toda ciencia, a medida que se va desarrollando, va decantando los procedimientos a aplicar para la solución de los problemas que se plantean al interior de las mismas. Así, cada ciencia, cada oficio[188] o cada arte va determinando las reglas que se deben observar para que en su ejercicio se eviten en la mayor medida posible resultados lesivos para bienes jurídicamente tutelados.

Esos procesos que se van decantando generan unas reglas del arte, las cuales reciben el nombre de *lex artis.*[189] Como lo sostuvimos anteriormente, para realizar de manera completa el juicio de imputación objetiva, necesitamos, primero, establecer, la infracción a la *lex artis* por parte del profesional de la salud[190] –imputación de la conducta– y, segundo, que esa infracción a la *lex artis* causó un resultado lesivo para el paciente –imputación del resultado–. Es importante hacer dos precisiones en este punto. Primero, la sola infracción a la *lex artis* no es por sí misma constitutiva de delito, sino que, además, es necesario verificar que esa infracción a la *lex artis* fue la que produjo el resultado lesivo para el bien jurídico,[191] y, aún siendo imputable tanto la conducta como

---

[187] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 107.

[188] Sobre la experiencia como fuente del riesgo permitido en materia de tránsito. BGHSt, 4, 182 (185). ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1001.

[189] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El Hecho punible*. Trad. De CANCIO MELÍA, Manuel y SANCINETTI, Marcelo. Ed. Thomson Citivas. Madrid, 2000, p. 423.

[190] Ejemplo de infracciones a la *lex artis* lo constituyen, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Nancy del 19 de mayo de 1998 en la que se afirma la responsabilidad de un médico cirujano que, habiendo operado el paciente por una fractura de clavícula, perfora el miocardio y el pulmón del paciente durante una mala introducción de un clavo. Otro ejemplo es el contenido en el fallo del 3 de marzo de 1995 emanado del Fallo de la Corte de Casación Civil italiana en la que un médico ortopedista, alejándose de la *lex artis*, ocasiona una agravación de las quemaduras de la zona axilar del paciente.

[191] A título de ejemplo, puede consultarse la sentencia del 28 de febrero de 1996 del Tribunal Supremo español sobre error en el diagnóstico y lesiones producidas al paciente. En igual sentido, sobre los elementos de la responsabilidad penal médica señala el Tribunal Supremo español que los elementos de la misma son la infracción a los preceptos de la *lex artis* y la producción de resultados lesivos.

el resultado, ello no conlleva la declaratoria de responsabilidad en cabeza del profesional de la salud, pues en todo caso es posible que concurran causales de justificación o de inculpabilidad[192] que excluyan la responsabilidad del profesional de la salud.

En segundo lugar, como un criterio corrector adicional y que por ende limita la aplicación del derecho penal a casos de lesiones a pacientes ocasionadas por profesionales de la salud en desarrollo de actos médico-quirúrgicos, la jurisprudencia española ha establecido que no toda infracción a la *lex artis* es constitutiva de una infracción al deber de cuidado, siendo indispensable que la misma sea "inexcusable".[193]

Por el contrario, en los eventos en que se verifique el cumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional de la salud, será improcedente la imputación de los resultados que se llegaren a ocasionar.[194]

---

[192] Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo español del 26 de octubre de 2000 en la que se reconoce un error de prohibición –aunque vencible- a profesionales de la salud en el evento en que practicaron un aborto amparados en un informe emitido por un psicólogo que aconsejaba el procedimiento por un grave peligro para la salud de la madre. Un ejemplo de error de prohibición lo encontramos en el caso en que el paciente, ante los miedos que le produce la cercanía de la fecha de la operación le pide al médico no le haga caso si rechaza el tratamiento. Hasta ahí el ejemplo de GÓMEZ RIVERO. Adicionamos nosotros el que el día del tratamiento el paciente efectivamente lo rechaza, siendo su auténtica voluntad el que no se realice el procedimiento en su cuerpo. El médico, confiando en la primera manifestación del paciente no realiza el procedimiento. Es un caso de error de prohibición. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 73.

[193] Sentencia del 14 de febrero de 1991. *"Por tratarse de una ciencia inexacta, los errores, si están dentro de lo tolerable, escapan al derecho penal. Para que estos errores sean alcanzados por el ordenamiento jurídico se requiere que la falta de atención y descuidos por parte del sanitario sean inexcusables"*. En igual sentido, Sentencia del Tribunal, Supremo Español, Sala de lo Penal, Sentencia del 7 de octubre de 1986. Un ejemplo de una infracción a la *lex artis* que no tiene la entidad para generar responsabilidad es el analizado por el Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, Sentencia del 9 de febrero de 1994 en el que un niño es operado en una mesa quirúrgica para adultos. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal del 3 de octubre de 1997.

[194] Sobre la *lex artis*, cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 3 de abril de 1997. Al respecto, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima señaló que cuando el tratamiento o la intervención quirúrgica se acojan a las recomendaciones científicas de la sociedad médica internacional, ninguna responsabilidad puede deducirse en contra del médico así los resultados hayan sido adversos. Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima. Sentencia del 27 de mayo de 1998. Cfr. En igual sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español del 28 de febrero de 1995. Se trata de un caso en el que se afirma que el punzamiento de la arteria carótida es un riesgo inevitable de los cateterismos.

En materia de responsabilidad penal medica, las fuentes del riesgo permitido, o, lo que es lo mismo, los componentes de la *lex artis* son los siguientes:[195]

1. Leyes[196/197]
2. Guías y protocolos de manejo[198/199]
3. Literatura científica
4. Baremo

1. Leyes
   La actividad médica se encuentra –aunque en Colombia aun de manera muy precaria– regulada mediante diversas leyes que son la *fuente primaria* de lo que constituye riesgo permitido y, por ende, es la primera fuente que debe consultarse a la hora de evaluar el comportamiento del profesional de la salud.[200]
   Encontramos así la Ley 14 del año 1962, la cual define la medicina y establece los criterios para su enseñanza y ejercicio, la Ley 23 de 1981, conocida también como *Código de Ética Médica*, y el Decreto 3380 de 1981 (Reglamentario de la Ley 23 de 1981), en que se encuentran de manera específica algunas indicaciones sobre el tratamiento médico. Aparecen también las Leyes 6 de 1991, Ley de Anestesiología, 911 de 2004 sobre enfermería, 919 de 2004 sobre componentes humanos, entre otras, que conformarán el marco normativo referente a la actividad médica en Colombia.

---

[195] Sobre las fuentes del riesgo permitido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1001. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 286.

[196] Sobre las normas como indicadoras, Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 117.

[197] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... Op. cit., 1997, p. 1001. JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal. Parte General.* Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. Ed. Colmenares, Granada, 2002, p. 625. Señala JESCHECK que el médico debe emplear métodos de [[está incompleto]].

[198] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 121. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 189.

[199] Sobre la naturaleza de este tipo de normas, ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... Op. cit., 1997, p. 1004.

[200] Sobre el acto médico, JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Ensayos, Bogotá, D.C., 2002, pp. 81 y ss.

2. Guías y protocolos de manejo

   Ante la ausencia de normas de rango legal, cada una de las instituciones prestadoras del servicio de salud expide los denominados protocolos de manejo, en los que consigna la manera como deben atenderse las diferentes situaciones que en el mismo se presentan.

   Así, sea lo primero afirmar que estos protocolos de manejo se elaboran por los especialistas adscritos a las diferentes instituciones de salud, usualmente agrupados en unidades en el interior del establecimiento. (V. gr. Unidad de cardiología, unidad de pediatría).

   En segundo lugar, estos protocolos de manejo varían de entidad en entidad, en tanto que para su elaboración se tienen en cuenta situaciones igualmente variables de entidad en entidad tales como la disponibilidad de equipos, la capacidad de atención, etc.

   En tercer lugar, cuando estos procedimientos se unifican las instituciones estatales expiden protocolos unificados, denominados guías de manejo.

   En cuarto lugar, debemos señalar que los protocolos y guías de manejo son supletorias frente a la Ley, por lo que a ellos se acude únicamente cuando un procedimiento no ha sido regulado por una ley (V. gr. Ley de enfermería, Ley de anestesiología) sin que puedan aplicarse cuando el evento se encuentre regulado en una Ley. Así mismo, los protocolos de manejo, para que sean aplicables, deberán ajustarse a la normatividad. En otras palabras, entendemos que existe, en materia de fuentes de riesgo permitido, un sistema jerárquico de fuentes.

   La actualización de estos protocolos de manejo depende de cada entidad, y eventualmente la Superintendencia de Salud podrá ejercer, en desarrollo de su labor de inspección, vigilancia y control, la vigilancia sobre la actualización, pertinencia y alcance de los mismos.

   Interesante resulta discutir en este momento la posibilidad del médico para acordar con el paciente la aplicación de procedimientos experimentales cuando vía protocolos o guías se han establecido tratamientos determinados para el diagnóstico de la situación.

Ejemplo: La quimioterapia presenta una posibilidad de éxito del 70% cuando el cáncer es detectado a tiempo. El médico le plantea al paciente aplicar un procedimiento experimental cuya efectividad en etapas previas a la metástasis es del 80%. El paciente accede a la oferta del médico, y acepta el tratamiento experimental. El tratamiento no es exitoso y el paciente fallece posteriormente.

En este caso, nos encontramos frente a la discusión entre las corrientes paternalistas y las corrientes de la autonomía en materia de consentimiento informado,[201] cuyo debate resumiremos a continuación. Las corrientes paternalistas parten de un hecho que entendemos indiscutible, como es la diferencia que de entrada se produce en el acto médico quirúrgico entre profesional de la salud y paciente, en tanto que el primero dispone de conocimientos y destrezas para aliviar, curar o prevenir las dolencias o enfermedades que aquejan al segundo, quien, además de encontrarse en una situación que compromete su bienestar, adolece de los conocimientos para entender su estado y se encuentra aquejado por esa incertidumbre frente a su situación actual y los riesgos para su salud.

Este desequilibrio, entienden las corrientes paternalistas, debe resolverse mediante el establecimiento, por vía normativa de los procedimientos médicos, de manera que se otorga así una protección legal del paciente, en la medida en que es la Ley la que establece los procedimientos que deberán aplicarse en el caso en concreto para mejorar su bienestar y estas leyes no se encuentran sujetas a transacción entre particulares.

En aquellos eventos en que la ley –en sentido material– no establezca los procedimientos a aplicar al paciente, de acuerdo con estas tesis, es el médico quien debe elegir el procedimiento por seguir, en la medida en que se entiende que la opinión del paciente es irrelevante para

[201] Sobre la discrepancia entre las corrientes paternalistas y las corrientes de la autonomía, puede consultarse la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 1o de marzo de 1995. Es importante señalar que en esta providencia el Tribunal encuentra una disparidad entre los juristas que abogan por un concepto autonomista y los profesionales de la salud, más propensos a un concepto paternalista.

estos efectos. Ello porque se parte de dos consideraciones, como son, por una parte, el entender que al paciente como un sujeto incapacitado que, al carecer de los conocimientos adecuados para resolver su situación, no puede tomar las decisiones que beneficien su propia salud, y, por otra, el comprender al profesional de la salud como quien dispone de los conocimientos necesarios para curar la situación que aqueja al usuario del sistema de salud, por lo que le asiste la obligación de evitar que el paciente tome decisiones que atenten contra su propia existencia.

Por otra parte, las tendencias de la autonomía abogan por el respeto de las decisiones individuales que tome el paciente aún cuando las mismas puedan resultar en lesiones para su propia integridad. Partiendo del principio de la libertad y del de la autorresponsabilidad, sostienen quienes siguen estas tesis que no es necesario que quien toma decisiones sobre su integridad tenga total claridad sobre las alternativas terapéuticas a su situación y los riesgos que de ello se puedan derivar.

En la actualidad consideramos que se presenta una simbiosis entre las dos tesis, en la medida en que se ha ido regulando cada vez con mayor detalle la institución del consentimiento informado, cuyo contenido no podrá ser desconocido por la voluntad de las partes, pero se reconoce la autonomía del paciente en la elección del tratamiento a aplicar para su situación en concreto.

Prueba de lo anterior lo constituye, en el caso español, la reciente ley sobre consentimiento informado y, en el caso colombiano, el creciente número de sentencias provenientes de los altos tribunales en los que se establecen los requisitos del consentimiento informado, como prueba de la regulación de esta institución. Como reconocimiento de la relevancia de la autonomía del paciente encontramos el que en nuestros sistemas se reconoce, legal y jurisprudencialmente, el derecho que le asiste al paciente a negarse a la recepción del tratamiento, lo cual sería inviable si se aplicasen a ultranza los postulados de las corrientes paternalistas.

Para resolver la cuestión planteada, esto es, la no aplicación de las medidas terapéuticas establecidas normativamente y el acuerdo sobre la

aplicación de una medida experimental entre el médico y el paciente, Montealegre acude al ámbito de protección de la norma, para señalar que la prohibición de la experimentación en pacientes persigue evitar la experimentación carente de fines terapéuticos. Por el contrario, en el evento en que la experimentación persiga un fin terapéutico, en criterio de Montealegre, cuando la experimentación tenga fines terapéuticos no habrá creación de riesgos desaprobados.

Al respecto, consideramos que la normatividad colombiana es bastante clara a la hora de prohibir la experimentación terapéutica en pacientes y a la hora de exigir el acatamiento de la normatividad por parte del profesional de la salud, por lo que entendemos que cuando el médico, aún obrando con finalidad terapéutica, elude las reglas de la *lex artis* para experimentar con el paciente, está creando un riesgo desaprobado, lo cual no representa por sí mismo la responsabilidad del profesional de la salud, siendo necesario verificar la realización del riesgo para completar la imputación del resultado lesivo.

Sin embargo, la experimentación puede estar justificada en virtud del estado de necesidad cuando a ella se acuda como una solución al cuadro que presenta el paciente.

3. Literatura científica

En aquellos eventos en los que no hay una norma jurídica aplicable al caso y los protocolos de manejo no regulan la situación, es procedente que el médico se guíe en su actuación por los contenidos de los escritos de las autoridades científicas sobre la materia, los cuales se encuentran en libros, revistas, foros, etc.

Al igual que sucede con los protocolos y las guías de manejo, la literatura científica es supletoria de la Ley y de los protocolos, por lo que el profesional de la salud solo acudirá a ella cuando el caso que se le presenta no se encontrare contemplado ni en la Ley ni en los protocolos y/o guías de manejo, debiendo informar al paciente sobre los riesgos de la terapia a aplicar en su caso de acuerdo con la autoridad en que sustente su elección.

4. Baremo[202]

Por último, ante la ausencia de normatividad, decisiones judiciales o literatura científica que permitan al profesional de la salud guiar su actuación, o al funcionario judicial determinar la creación o no de riesgos desaprobados, el médico debe comportarse como lo haría un profesional con sus mismos conocimientos y experiencia y, así mismo, el funcionario judicial debe ponderar la conducta del médico frente a la que hubiera desarrollado otro profesional con las mismas cualidades, experiencia y conocimientos que quien efectivamente desarrolló la conducta que se enjuicia.

En la medida en que estamos frente a situaciones no reguladas que rayan en lo desconocido, lo cual no debe considerarse como poco frecuente teniendo en cuenta lo cambiante de la medicina y, en últimas, el escaso conocimiento que a hoy tenemos del funcionamiento del cuerpo humano, la ley autoriza la experimentación científica siempre que la misma obedezca a criterios curativos y, así mismo, reprime la experimentación que no cuenta con finalidad curativa.

Si el caso que se le presenta al profesional de la salud no se encuentra presente ni en la Ley, ni en las guías o protocolos de manejo, ni la literatura científica se ha ocupado del mismo, es procedente obrar de conformidad con el propio criterio, aplicando lo que se conoce como *procedimientos experimentales,* o *experimentación científica.*[203]

---

[202] ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1009.

[203] UUn caso de experimentación lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 31 de julio de 1997. Se trata de un asunto en el que un menor es llevado por su padre a una consulta con un profesional de la salud quien encuentra que el niño ha recaído en una enfermedad respiratoria (bronconeumonía) y el médico tratante le aplica al menor tratamientos como ejercicios costo-abdominales sobre neumáticos de avión, colchoneta de magnoterapia y otros tratamientos no prescritos por la ciencia médica. Al segundo día de aplicación del tratamiento, el niño fallece. Sobre experimentación científica es un hito la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 16 de octubre de 1997. En ésta queda claro que la aplicación de tratamientos alternativos no constituyen por sí mismos infracción a la ética médica, salvo que los mismos se aparten de las reglas de las alternativas terapéuticas. Igualmente es interesante revisar la sentencia de octubre de 2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la que analiza un caso en el que una médica prescribe un medicamento no incluido en la LOM a una paciente afectada de cáncer de mama. El Tribunal ordena la aplicación del medicamento dejando en claro que es bajo la responsabilidad de la médica tratante.

La posibilidad de aplicar tratamientos experimentales al paciente encuentra su fundamento, por una parte, en el hecho indiscutible de la complejidad del organismo humano y el escaso conocimiento que, aún en nuestros días tenemos del mismo, y por otra, en las finalidades mismas de la medicina, como lo son el diagnóstico, la prevención y la curación de las enfermedades.

En efecto, en la medida en que se busca aliviar la situación de un individuo cuyo bienestar está mermado por una cuestión que afecta su salud, no podría la humanidad conformarse con negarle el tratamiento ante la incertidumbre de las resultas de la intervención, lo cual a su vez, privaría a la especie en conjunto de beneficiarse el descubrimiento de un procedimiento que pudiera resolver las dolencias de la población.

Todos los procedimientos médicos hoy en día decantados encuentran su origen en la experimentación, por lo que su práctica, lejos de prohibirse, debe regularse, limitando su aplicación a casos en los que la ciencia no haya encontrado soluciones satisfactorias al problema que aqueja al paciente.

Para terminar este acápite sobre la experimentación, es importante señalar que hoy en día individuos plenamente conscientes y por diferentes motivaciones –que van desde la filantropía hasta consideraciones puramente económicas– participan de procesos en los que se experimenta con sustancias que son aplicadas en seres humanos para encontrar la causa o el alivio de diferentes enfermedades que aquejan a la humanidad, con lo que se abre la duda de una posible imputación de las lesiones u otros resultados lesivos que para ellos pudiesen producirse como consecuencia de estos procedimientos experimentales.

Consideramos que en estos casos, es decir, en eventos de aplicación de procesos experimentales en los que participan individuos, en la medida en que hayan sido advertidos claramente del procedimiento que se les va a aplicar, así como los eventuales –eventuales en la medida en que serán desconocidos– riesgos que para su salud o bienestar puede conllevar la aplicación del procedimiento, no puede hablarse de impu-

tación del comportamiento, en virtud del principio de autorresponsabilidad, y, específicamente, hablaríamos de acciones a propio riesgo.

A fin de evaluar la eventual responsabilidad del médico por la aplicación de un procedimiento experimental, partiendo por supuesto de la base de que el mismo realmente no se encuentra regulado en ninguno de los escenarios planteados, debe ponderarse la conducta del profesional de la salud con la que hubiera realizado otro profesional de la salud, con sus mismos conocimientos, posibilidades y capacidades, en la misma situación, lo cual recibe el nombre de *baremo.*

La experimentación científica es supletoria frente a la Ley y frente a los protocolos y la literatura, no pudiendo el profesional de la salud aplicar procedimientos experimentales a casos regulados por estas instancias.

2.2. El acto médico. Concepto y proyección del riesgo permitido en cada una de las fases del acto médico

El acto medico es "*una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente*".[204]

De conformidad con lo previsto por la Ley 23 de 1981,[205] la relación médico-paciente se puede originar en los siguientes casos:[206]

- Por decisión de ambas partes[207]
- Acción unilateral del médico

[204] GUZMÁN MORA, Fernando. *El acto médico: consideraciones esenciales*. En: http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2_1998/actomed_consi.htm

[205] Ley 23 de 1981. "Artículo 4o. *La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho".*

[206] Artículo 5º de la Ley 23 de 1981.

[207] Ley 23 de 1981, artículo 4º. Sobre el tema, JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 81 y ss. Sobre esta forma de aparición del acto médico, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-559 de 1995.

- Solicitud de terceros
- Por compromiso

El acto medico se encuentra compuesto por diferentes etapas,[208] en cada una de las cuales existen obligaciones y prohibiciones para el médico, que nos permiten determinar aquellos eventos que constituyen el riesgo permitido.[209] Son etapas del acto médico las siguientes:

1. Diagnóstico
2. Tratamiento
3. Post tratamiento

Es claro que para prestar un servicio de calidad que beneficie al usuario del sistema de salud, es lo ideal que sea un solo profesional de la salud quien realice todas las etapas del acto médico (diagnóstico/ tratamiento/ post tratamiento), dando lugar a lo que se conoce como el principio de continuidad en el acto médico.[210] En tal sentido, el cambio del médico tratante debe ser la excepción, quedando reservado para casos en los que la situación corresponda a una especialidad diferente a la de aquel que atiende por primera vez al paciente, en casos en que éste último incumpla las órdenes impartidas por el facultativo, rehúse el tratamiento a aplicar, o solicite el cambio de médico tratante.[211]

[208] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 39.

[209] Sobre las obligaciones del profesional de la salud derivadas del acto médico, JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 81 y ss. Sobre la obligación de verificar la *lex artis* a lo largo de todas las fases del acto médico, puede confrontarse la Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de julio de 1995.

[210] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 270.

[211] Artículos 6 y siguientes de la Ley 23 de 1981.

3. El riesgo permitido y los deberes del profesional de la salud en cada una de las fases del acto médico

3.1. El diagnóstico[212]

Supone la primera etapa del acto médico, en la que por primera vez las partes tienen un contacto entre sí.[213] En el caso de la libre elección del profesional de la salud por parte del usuario, tenemos que una persona acude ante un profesional de la salud ya sea para que le realicen una valoración de su estado actual de salud, o para que se le intervenga por cuanto presenta situaciones que lo aquejan en su bienestar.[214]

En los casos en que el acto médico no encuentra su origen en la voluntad del usuario y la libre elección del facultativo, como puede suceder en las urgencias, o en las actuaciones por solicitud de terceros, o en los casos en que el acto médico se da por compromiso, igualmente el diagnóstico es la primera etapa del acto médico y de ninguna manera puede prescindirse de la misma.

La etapa del diagnóstico busca que el profesional de la salud se haga una idea de la situación actual del usuario del sistema de salud y le permita establecer el procedimiento a seguir, así como los riesgos para la vida e integridad personal del paciente,[215] derivados tanto de la aplicación de la terapia como de la no aplicación del tratamiento. Como se verá posteriormente, esta es la etapa en la que, una vez realizado el diagnóstico, e informado el mismo al usuario, se debe tomar el consentimiento informado del paciente en los casos en que ello sea posible como presupuesto[216] de la continuación en la intervención en la corporalidad de este último.[217]

---

[212] Paradigmática, Sentencia del TS del 29 de marzo de 1988. Sobre responsabilidad penal derivada de errores en el diagnóstico, Sentencias del TS: 3-10-1997, 29-2-1996, 10-4-1970, 26-10-1983, 24-11-1984, 7-10-1986, 29-3-1988, 5-7-1989 y 4-9-1991.

[213] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 39.

[214] Sobre el diagnóstico y los deberes del profesional de la salud en esta etapa, SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica.* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C., 2000, p. 95.

[215] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 39.

[216] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 205 y ss.

[217] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 95.

Es claro que en aquellos eventos en que el profesional de la salud emprenda el tratamiento sin realizar el diagnóstico necesario que le permita formarse una idea de la situación que se le presenta, estará creando un riesgo jurídicamente desaprobado, tal y como sucedió en el caso juzgado por el BGH en el que una paciente comunicó al médico que "*tenía algo en el corazón*" y el médico procedió a aplicarle anestesia general sin contar con la opinión de un anestesiólogo.[218]

Como anota Vázquez Ferreyra,[219] el diagnóstico se comprende de dos etapas. Una primera, denominada fase previa, en la que el profesional de la salud realiza la exploración del paciente. Encontramos en esta primera fase el primer contacto con el paciente, la anamnesis, la observación, la palpación, la auscultación, la olfatación, la toma de radiografías, etc. En esta primera fase, el profesional de la salud debe agotar todas las pruebas que sean necesarias y que estén a su alcance para precisar el diagnóstico o para descartar posibilidades diagnósticas y aclarar cuál sería la mejor terapia a aplicar para la situación concreta del paciente. En la segunda etapa ya se han recolectado todos los datos necesarios y lo pertinente es su análisis e interpretación, es el momento de emitir un juicio para continuar con la segunda fase del acto médico, el tratamiento.

En esta etapa, de conformidad con la Ley 23 de 1981, son obligaciones del médico las siguientes:[220]

1. *Realizar el diagnostico de manera personal*.[221] Esta obligación supone que la observación del usuario del sistema de salud debe hacerse por parte del profesional de la salud de manera directa, sin que pueda éste confiarse en

---

[218] BGHST, 21, 59.

[219] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1993, pp. 78, 79. Sobre esto puede confrontarse la Sentencia del Consejo de Estado de Colombia del 10 de febrero de 2000.

[220] Artículos 10º y siguientes de la Ley 23 de 1981. Sobre el error en el diagnóstico puede consultarse la jurisprudencia inglesa Smith (1959)2 All ER 1993. Otros fallos de la jurisprudencia inglesa sobre la causalidad son Barnett vs. Chelsea Hospital [1969] 1 QB 428, Hotson vs. East Berks AHA [1987] 2 All ER 909, Wilsher v Essex AHA [1988] 1 All ER 871, Allied Maples Group vs. Simmons & Simmons [1995] 4 All ER 907, South Australia Asset Management vs. York Montague [1996] 3 All ER 365, HL, Bolitho vs. City and Hackney Health Authority [1997] 4 All ER 771, HL, Holtby vs. Brigham & Cowan (Hull) Ltd [2000] 3 All ER 421. Igual puede consultarse la sentencia de la Corte de Casación Penal italiana del 13 de julio de 1990 en la que se imputa a profesionales de la salud la muerte de un paciente a quien no se le detectó a tiempo una infección meníngea a pesar de presentar síntomas evidentes.

[221] Sobre el diagnóstico, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., 2002, pp. 105 y ss.

el diagnóstico que hubiere realizado otra persona, o realizar el diagnóstico sin observar directamente al paciente.[222]

Y esto es así en tanto que el diagnóstico que realice el profesional de la salud es el mecanismo que permite trazar la ruta de la intervención sobre la humanidad del paciente y, por ende, de lo acertado del mismo dependerá en gran medida el éxito de la intervención que se realice sobre el usuario. Así mismo, recordemos la importancia de que exista una unidad de profesional de la salud que atienda el tratamiento del paciente, por lo que no solamente es necesaria la observación personal y directa del usuario por parte del profesional de la salud, sino que se torna indispensable hacer un acompañamiento del paciente a lo largo de toda la intervención, mismo que se extiende, incluso, a la fase del post-tratamiento.

Dos cuestiones resultan problemáticas en este punto. Primero, la eventual aplicación del principio de confianza frente al diagnóstico que realiza otro profesional de la salud, y segundo, la posibilidad de realizar diagnósticos sin examinar directamente al paciente, como sucede en el caso de consultas telefónicas, por Internet, por interpuesta persona, etc.

En cuanto a lo primero, es decir, la eventual aplicación del principio de confianza respecto del diagnóstico realizado por otro profesional de la salud, tenemos que sostener la improcedencia del mismo,[223] en tanto que existe la obligación de realizar el diagnóstico de manera personal por parte del médico tratante, por lo que siempre el profesional de la salud debe realizar directamente el diagnóstico valorando por sí mismo al paciente, y, en caso de confiar en el diagnóstico que ha realizado otro profesional de la salud, en el evento en que exista un error, habrá no solamente la responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de este deber, sino una solidaridad desde el punto de vista civil por las consecuencias que del error en el diagnóstico se desprendan, y la posibilidad –discutible– de una responsabilidad penal, no a título de coautoría, pero

[222] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 205 y ss.

[223] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 289.

sí de autorías paralelas[224/225] entre los dos profesionales de la salud, esto es, quien realiza el diagnóstico de manera errada y quien, desatendiendo el deber de realizar el diagnóstico de manera personal, confía en lo que ha señalado otro profesional de la salud.

> **Ejemplo**: Roberta consulta al servicio de urgencias de un centro hospitalario, donde es atendida por Juan, un médico general. Roberta, en la anamnesis le refiere al médico que tiene un cuadro de doce horas de evolución de dolor tipo cólico en hipogastrio, asociado a sangrado vaginal escaso. Adicionalmente, afirma que presenta dos meses de embarazo, y un antecedente de embarazo ectópico hace seis meses, razón por la cual le realizaron una fimbriectomía derecha. Juan solicita una ecografía pélvica, la cual es reportada como: *"no se evidencia embrión en la cavidad uterina, líquido en fondo de saco escaso, se recomienda observación por mínima posibilidad de embarazo ectópico*." Juan, al recibir el reporte de la ecografía, la interpreta como un aborto incompleto, y así lo consigna en el diagnóstico que se incorpora a la historia clínica. Remite a Roberta a donde Calixto, médico especialista en gineco-obstetricia, quien no verifica el diagnóstico realizado por su antecesor, ni la ecografía tomada a Roberta, y realiza un legrado obstétrico. Al tercer día, Roberta muere como consecuencia de un shock hipovolémico secundario a la ruptura del embarazo ectópico, el cual no fue descartado a pesar de la recomenda-

---

[224] Sobre autoridad científica como excepción al principio de defensa que se aplica en estos casos, excluyendo la posibilidad del principio de confianza, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 289. Un caso de autorías paralelas lo encontramos en la Sentencia del 3 de julio de 1993 emanada del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal. Se trata de un caso en el que un cirujano oftalmológico intervino a un niño para corregirle un estrabismo convergente contando con un ayudante, un ATS, la anestesióloga, su ayudante, dos ATS y damas de la Cruz Roja. Tras aplicarle la anestesia y entender que no era necesario el monitoreo del niño, la anestesista abandona la sala de operaciones lo cual es conocido y consentido por el cirujano jefe. Pasados unos minutos, la ATS abandona la sala de operaciones para atender una llamada telefónica sin que el cirujano se opusiera. Posteriormente, el cirujano se percató del oscurecimiento de la sangre, por lo que requirió la intervención de la ATS y la anestesióloga. El niño sufre de una falta de oxigenación que le produjo lesión cerebral a consecuencia de lo cual sobreviene la muerte. Fueron condenados la anestesióloga, su ayudante, el cirujano y el director del hospital como autores de un delito de imprudencia temeraria. El Supremo indica expresamente que no se trata de un fenómeno de coparticipación sino de culpas plurales coincidentes.

[225] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 299.

> ción del ecografista, pero que, si hubiese sido detectada oportunamente, se hubiese salvado la vida de la paciente.

En este caso, claramente hay una responsabilidad en el campo civil, en el que los dos profesionales, vía responsabilidad civil[226] extracontractual, podrían ser llamados a responder. En el campo penal, la situación no es tan fácil, pues encontramos dos riesgos desaprobados, como son (1.) el error en el diagnóstico cometido por Juan y (2.) la falta de realización del diagnóstico de manera personal y directa por Calixto. Lo pertinente es, entonces, determinar cuál de los dos fue el que desató finalmente el resultado y encontramos que, si bien Juan ha cometido una falta de conducta, el riesgo que se concreta en el resultado es el de que Calixto no hubiera realizado el examen respectivo.

Otro supuesto podría presentarse cuando el médico A, quien atiende en una institución hospitalaria donde no se cuenta con un equipo de ecografía, valora a la paciente B, una mujer de 18 años quien ingresa con dolor abdominal tipo punzada, localizado en fosa iliaca derecha, razón por la cual considera como posible diagnóstico una apendicitis; pero ante la imposibilidad de descartar alguna patología ginecológica mediante la realización de una ecografía, decide programar a la paciente para una apendicectomía, lo cual registra en la historia clínica. Cuando se produce el cambio de turno, la paciente B es asignada al cirujano general C, quien no verifica la situación de la paciente y realiza la cirugía; resultando que la paciente presentaba un síndrome de Mittelschmerz y no una apendicitis aguda.

Las excepciones a la improcedencia del principio de confianza en la realización del diagnóstico por otro profesional de la salud, las encontramos en dos casos, por un lado, el denominado *diagnóstico realizado por autoridad científica*, en que es viable que el estudiante de medicina confíe en el diagnóstico que ha realizado su profesor,[227] y en el *diagnóstico realizado por especialista*, caso en el cual, quien no es especialista y asume el tratamiento, puede confiar en el diagnóstico realizado por el especialista.[228]

---

[226] Sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil médica ver la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, del 11 de septiembre de 2002.

[227] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 290.

[228] Ibíd.

En cuanto a lo segundo, esto es, la posibilidad de que el diagnóstico se realice sin apreciar directa y personalmente[229] al paciente, como en el caso del profesional de la salud que atiende una consulta por teléfono,[230] o por Internet, o por interpuesta persona, tenemos que se trata de una práctica que, aunque no se encuentra generalizada, sí es posible encontrarla en nuestro medio como uno de los servicios adicionales que prestan algunas de las entidades involucradas en el sistema de seguridad social en salud.

Al respecto, consideramos que se trata de una violación a la regla que establece que el diagnóstico debe ser realizado de manera personal y directa, por lo que estamos en presencia de riesgos jurídicamente desaprobados y el profesional de la salud podría entrar a responder en el evento en que existan errores en el diagnóstico cuando el mismo se ha realizado en estas condiciones.

> **Ejemplo**: En la sentencia del CA de Pau del 21 de diciembre de 2000 se declaró la responsabilidad de un médico gineco- obstetra por incumplimiento del deber de vigilancia en tanto que, al ser advertido telefónicamente de la presencia de un líquido meconial durante la ruptura de las membranas, índice de sufrimiento fetal, no acudió a ver a la parturienta.

La situación se tornaría mucho más complicada en el evento en que además del diagnóstico se formulen medicamentos sin apreciar al paciente, caso

[229] Sobre la obligación del médico de atender personalmente a sus pacientes se refiere el Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, sentencia del 5 de julio de 1989.

[230] Un caso de atención de un paciente por teléfono lo encontramos en la sentencia del 11 de diciembre de 1993 emanada del Tribunal Supremo español en la que un médico que, tras diagnosticar a un paciente una verruga palatal en la planta del pie, le prescribió algunas sesiones de radioterapia las cuales fueron practicadas, con excepción de las primeras, fueron practicadas por personas que no eran médicos. Ante el empeoramiento de la situación del paciente, fue atendida por una auxiliar y en otras ocasiones telefónicamente por el médico. Debido a lo incorrecto del tratamiento recibido se debió amputar la zona distal del pie del paciente. En igual sentido, encontramos la sentencia del 5 de julio de 1989 en la que la madre de un paciente le informa al médico sobre el mal estado de su hijo. El profesional de la salud, en vez de visitarlo se limita a tener una conversación telefónica con la madre y a extender un parte de baja por cólico nefrítico y a recetar un análisis de orina, así como a indicar unas inyecciones y supositorios anti espasmódicos y prescribe la toma de agua, aconsejando que si no mejoraba lo trasladaran al servicio de urgencias. Un día después, el padre del enfermo lo trasladad al hospital donde el paciente ingresa fallecido a causa de una peritonitis producida por la perforación de 0.4 centímetros de diámetro de una úlcera duodenal.

en el cual el profesional de la salud será responsable por las alteraciones en la salud del paciente ocasionadas como consecuencia de la medicación.

2. *Examinar al paciente no solamente desde lo físico, sino entendiéndolo como una unidad en la que para su bienestar confluyen tanto lo físico, como lo psicológico.*[231] Anteriormente, se entendía la salud como ausencia de enfermedad, por lo que, bajo este entendimiento, una persona sana era aquella que carecía de defectos en el funcionamiento fisiológico de su organismo.[232]

En buena hora este entendimiento fue superado, para comprender que el bienestar del ser humano abarca mucho más que lo físico, y que hacen parte del mismo factores tales como su bienestar psicológico, las opciones que el mismo tenga para acceder a los servicios básicos y las condiciones medioambientales en las que se desenvuelva en su cotidianeidad.

Así, por mucho que fisiológicamente la persona se encuentre bien, pues su organismo funciona correctamente, no podemos decir que por ello se encuentra sana, si, por ejemplo, no tiene acceso a los servicios públicos, tales como el agua potable, etc.

En este orden de ideas, el diagnóstico no debe quedarse en la simple constatación del óptimo funcionamiento fisiológico de la persona, sino que debe trascender al análisis y conocimiento de su entorno de vida, su situación psicológica y demás factores relacionados con su existencia.

Para concretar nuestra idea, diremos entonces, por ejemplo, que en la anamnesis, el profesional de la salud no debe limitarse a indagar sobre la sintomatología que presenta el usuario, debiendo inquirir sobre aspectos como su ocupación, sus antecedentes familiares, estado de ánimo, entre otras.

En la medida en que el usuario es visto como una unidad que abarca lo físico y lo psíquico, el trato que las instituciones y los profesionales de la salud dispensen al paciente debe compadecerse no solamente con su estado de salud, sino también con su personalidad, estado de ánimo, situación familiar, etc.

---

[231] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, pp. 95 y ss.

[232] Artículo 1º de la Ley 23 de 1981.

3. *Realizar todos los exámenes necesarios empleando los avances tecnológicos posibles y empleando el tiempo necesario para formarse adecuadamente una idea de la situación actual del paciente*.[233] El profesional de la salud bajo ninguna circunstancia debe escatimar nada a la hora de practicar exámenes que le permitan identificar la enfermedad que presenta el paciente, la evolución de la misma, las características individuales del paciente y su entorno, para lo cual debe valerse de todos los avances tecnológicos a su disposición.[234/235/236]

De ninguna manera puede el profesional de la salud excusarse para la no realización de exámenes en criterios económicos, o en falta de tiempo, o en que el simple dicho del usuario le permite hacerse una idea de la situación actual de salud del paciente.

> **Ejemplo**: Un paciente A consulta a su médico B por un cuadro de un mes de evolución de diarrea, asociado a una pérdida de peso significativa. A través de la anamnesis, el médico B puede identificar que A es un joven drogadicto que comparte agujas con sus compañeros para la aplicación de heroína, por lo tanto pertenece a un grupo de riesgo y por ende podría estar contaminado de VIH. Ante esta situación, se torna imperativa la realización de una Elisa para VIH y un *western blot* confirmatorio, que

[233] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 95. YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 39. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 287. Sobre este elemento como componente del deber de cuidado, denominándolo *deber de cuidado interno,* MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 288. Sobre el deber de cuidado interno, JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 622. Sobre el tema de los exámenes necesarios, puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado del 3 de mayo de 1999. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 24 de octubre de 1995 se refiere a un evento en el que un médico no practica los exámenes necesarios antes de atender a una paciente que fallece finalmente por shock hipovolémico. La jurisprudencia francesa nos trae un caso en el que un cirujano dental al ser consultado por primera vez por un paciente que presentaba dolores dentales procede a extraer una muela del juicio sin investigación previa alguna. Finalmente, se acreditó que el diente extraído estaba sano y la causa de los dolores era una caries bajo el empaste de otro diente. La Sentencia es de la Corte de Apelaciones de París del 19 de enero de 1999. En igual sentido, la Corte de Casación Civil italiana en sentencia del 30 de noviembre de 1989 se refiere a un caso en el que el médico no verifica si el paciente es alérgico a la penicilina y aplica el medicamento al paciente que fallece como consecuencia de su alergia a este medicamento.

[234] Artículo 10º de la Ley 23 de 1981.

[235] La no realización de exámenes confirmatorios o desestimatorios del diagnóstico es igualmente una exposición del paciente a riesgos injustificados. Tribunal Nacional de Ética Médica, Sentencia del 25 de abril de 2000.

[236] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 289.

permitan descartar o afirmar la presencia de este virus en el paciente, sin que el médico pueda asegurar con total certeza, a partir del examen físico y de la anamnesis, que se encuentra contaminado de VIH.

En el campo de la gineco-obstetricia, durante la evolución de la gestación es indispensable la realización de ecografías obstétricas para disminuir la morbimortalidad del *nasciturus y de la madre*, por lo que prescindir de las mismas, estando el galeno en la capacidad de realizarlas y contando con los equipos para ello, constituye un riesgo jurídicamente desaprobado que, en el evento de concretarse en un resultado lesivo para el que está por nacer o para la gestante, daría lugar a una responsabilidad penal.

Otro ejemplo se presentaría cuando el profesional de la salud prescinde de la realización de una radiografía de tórax para descartar la presencia de una neumonía, frente a un menor que presenta múltiples estertores en la base pulmonar derecha, asociados a fiebre y taquicardia.

Un famoso caso sobre error diagnóstico lo encontramos en la sentencia de la CA de París del 19 de enero de 1999, en la que un cirujano dental es consultado por primera vez por un paciente que presentaba dolores dentales. El médico procede inmediatamente a la extracción de la pieza dental sin ninguna investigación previa suficiente. Se presenta un error en el diagnóstico que causa un daño al paciente en la medida en que el diente extraído estaba perfectamente sano y la causa de los dolores resultaba de una caries bajo el empaste de otro diente. Se indicó que una radiografía habría sido útil en la orientación del diagnóstico previo a la intervención.

En otro caso, en la sentencia de la CA de Metz, del 18 de junio de 2002, se declaró responsable a un médico radiólogo que no señaló la luxación de la cabeza radial que según el experticio médico-legal aparecía en las radiografías.

La jurisprudencia italiana nos refiere un caso en el que se produce la muerte de un paciente en el que hay un retardo en el diagnóstico de una infección meníngea.[237]

Por supuesto que este principio encuentra su límite en la disponibilidad que de equipos y recursos tenga la entidad, pues no podría reprocharse al mé-

[237] Corte de Casación Penal. Sez. IV de julio 13 de 1990, número 10289.

dico por no formular exámenes cuando la entidad en la que labora no cuenta con los medios para realizarlos.[238] En estos casos, la responsabilidad recaerá en la entidad que no cuenta con los medios necesarios para prestar correctamente el servicio de salud.

Lo que sí resulta reprochable tanto para el médico como para la entidad, es el evento en que se cuenta con los recursos y los instrumentos para aplicar los exámenes, y no se realiza por cualquier razón ya sea económica, de tiempo, o por que se considera se tiene ya claridad sobre la situación.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el caso en el que un paciente es atendido en un hospital de primer nivel en un lugar apartado del país por presentar una fractura abierta del fémur Gustilo III C, por lo que es necesario realizarle un doppler arterial y venoso para descartar la necesidad de una amputación del miembro inferior. Ante la imposibilidad de realización de dichos exámenes, se hace necesario remitir al paciente a un hospital de tercer nivel que se encuentra bastante distante. Adicionalmente, en el lugar donde se encuentra el galeno no existen en ese momento medios de transporte para efectuar la remisión (Vehículos, helicópteros, etc.), por lo que el médico decide realizar la amputación del miembro inferior comprometido, sin el examen previo y sin el empleo de la instrumentación adecuada, ocasionándose la muerte del paciente, la que se hubiera evitado si hubiera sido atendido en un hospital de tercer nivel que contaba con los recursos y los instrumentos adecuados.

En otro ejemplo, en el que es necesario realizar hemocultivos para determinar el tipo de bacteria que causa una sepsis de origen urinario, podría suceder que el facultativo no tenga los medios para practicar estos exámenes e inicia el tratamiento asumiendo que se trata de una de las bacterias más frecuentes en este tipo de patologías.

No solamente el médico está en la obligación de practicar todos los exámenes necesarios para aclarar el diagnóstico, sino que debe propender por aquellos exámenes que pongan en el menor riesgo posible la salud del paciente. Para aclarar este concepto, viene bien referirnos al caso analizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B de la República Argentina,

---

[238] Sobre la necesidad de valorar caso por caso, pueden confrontarse las Sentencias del Tribunal Supremo: 3-10-1997, 29-2-1996, 15-11-1980, 8-6-1981, 25-1-1988, 26-6-1980, 25-11-1980, -5-2-1981 y 8-6-1981.

en sentencia del 23 de mayo de 2007 en la que un médico atiende un paciente que presenta un dolor lumbar. El médico le sugiere practicar una mielorradiculogía, y le inyecta en la médula una sustancia de contraste la cual le originó paresia de los miembros inferiores e intensas algias, claudicación de la marcha, limitación funcional marcada, disfunción sexual, síndrome depresivo y pérdida del sueño. En el proceso se condena al médico por cuanto éste hubiera podido realizar como método diagnóstico una resonancia magnética por imágenes, tratamiento inocuo y no invasivo, todo lo contrario al que efectivamente se le aplicó al paciente y que desencadenó en una lesión para su integridad física.

En la práctica, el enjuiciamiento sobre la realización de los exámenes necesarios deberá realizarse acudiendo no solamente a lo que en materia de guías y protocolos de manejo se establezca por parte de la respectiva entidad, sino que deberá acudirse a una comparación entre el facultativo que omitió los exámenes y la manera en que hubiera actuado un profesional de la salud dotado de sus mismas capacidades y conocimientos.[239]

5. *En caso que el caso no corresponda a su especialidad, debe remitir a un especialista –la "culpa por asunción de riesgo".*[240/241]

La complejidad de la constitución y el funcionamiento del cuerpo humano conllevan la especialización de la medicina, en la que existen profesionales que realizan estudios sobre una de las diferentes ramas. De esta manera, lo ideal es que determinados tratamientos que demanden destrezas o conocimientos especializados, solamente sean llevados a cabo por quienes están capacitados para ello.[242]

---

[239] JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 623. Señala JESCHECK que el criterio para tener en cuenta en la previsión del riesgo que es precisamente lo que se busca con la realización de los exámenes necesarios, es la comparación con una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor.

[240] Sobre la impericia como forma de falta médica, cfr. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 121. En materia de responsabilidad médica, la asunción de una actuación para la cual no se está capacitado recibe el nombre de impericia y por supuesto que el profesional de la salud responderá por los hechos lesivos a la humanidad del paciente.

[241] Sobre la imprudencia por asunción, STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 289.

[242] Artículo 7º de la Ley 23 de 1981.

Ejemplos de especialidades de la medicina serían las siguientes: Cirugía General, Cirugía Vascular, Cirugía Cardiovascular, Cirugía Pediátrica, Cirugía Plástica y Reconstructiva, Dermatología, Endocrinología, Gastroenterología, Gineco-Obstetricia, Hematología, Inmunulogía, Medicina del Deporte, Medicina Interna, Medicina Legal y Forense, Medicina Nuclear, Medicina Preventiva, Medicina del Trabajo, Nefrología, Neumología, Neurocirugía, Neurofisiología Clínica, Neurología, Oftalmología, Oncología, Ortopedia y Traumatología, Otorrinolaringología, Pediatría, Psiquiatría, Radiología, Reumatología y Urología, entre otras.

El sistema legal colombiano integrado en este punto tanto por la Ley 23 de 1981 como por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, establece que, en tratándose de acto médico derivado de la libre escogencia del médico por el paciente, la primera consulta se hace con el médico general que elija el paciente dentro de las posibilidades que ofrezca la EPS a la cual se encuentra afiliado. Una vez el médico general atiende al paciente y se hace una idea de lo que ocurre, si la situación no es de su especialidad, deberá remitir el paciente a un especialista,[243] existiendo la posibilidad de convocar una junta médica en el caso en que sea necesario consultar con otros profesionales de la salud.[244/245/246]

En el evento en que el profesional de la salud no remita el paciente a un especialista, asumiendo el tratamiento de su salud a pesar de no estar capacitado para ello, será responsable civil y penalmente de todo aquello que le suceda al paciente, por supuesto, respetando las reglas de imputación anteriormente referenciadas, especialmente debe establecerse que fue la falta de pericia del

---

[243] La remisión a especialista como forma de terminación del acto médico, aparece en la Ley 23 de 1981, artículo 7º. YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 43.

[244] Artículo 12 de la Ley 23 de 1981. YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 43.

[245] Por supuesto que en tratándose de procedimientos que no revistan mayor complejidad o que el médico tratante tenga claro el no convocar junta médica o no realizar interconsulta con otros profesionales, no es constitutivo de falta médica. Al respecto, la Sentencia del 15 de febrero de 2000 proferida por el Tribunal Nacional de Ética Médica. Señala el Tribunal de Ética Médica que es suficiente con que el profesional de la salud cuente con la especialización para poder realizar el procedimiento respectivo. Señala en esta sentencia el Tribunal que la Junta Médica *"no es procedimiento obligatorio sino posibilidad que, a su buen juicio y prudencia, puede utilizar el médico cuando encuentra especial dificultad en un caso clínico"*.

[246] Sobre la realización del diagnóstico por un médico no especialista bastante ilustrativa resulta la sentencia del Consejo de Estado del 15 de junio de 2000.

profesional de la salud la que causó el resultado, pues de lo contrario no podrá realizarse el juicio de imputación objetiva en sentido estricto.

Para ello, deberá establecerse, mediante dictamen pericial, que si el facultativo hubiese contado con los conocimientos o la experiencia que el caso demandaba, el resultado no se hubiera producido.

> **Ejemplo**: El médico general que asume la realización de una amigdalectomía de un menor, para la cual no está capacitado. En desarrollo de la misma, se produce un sangrado –imprevisible aún para un especialista– que causa el fallecimiento del menor. En –este evento, aplicando la teoría de la imputación objetiva, tenemos que si bien se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado –asunción de riesgo para el que no se está capacitado– éste no se concretó en el resultado lesivo, cuya causa es una situación imprevisible. Aplicando la teoría del incremento del riesgo de Roxin explicada anteriormente, diríamos que, aún obrando diligentemente, el resultado se hubiese producido, por lo que la respuesta sería igualmente la absolución del profesional de la salud.
>
> En el evento en que el Profesional advierta que el caso no corresponde a su especialidad, a pesar de lo cual continúa con el tratamiento del paciente, estará creando un riesgo jurídicamente desaprobado denominado *culpa por asunción del riesgo* y responderá por los hechos nocivos para la vida o integridad personal del paciente que se hubieren producido como consecuencia de su falta de experticia en la especialidad de que se trate.

En el ejemplo anterior, habría responsabilidad en el evento en que el resultado nocivo se hubiese podido evitar cuando hubiera sido tratado por un especialista.

Así, en la sentencia de la Corte de Casación italiana del 26 de marzo de 1990, N° 2448, Sez. III, se declara la culpa grave de un médico ortopedista que realizó una intervención de alta neurocirugía, causándole al paciente una parálisis de los miembros inferiores.

El instituto de la culpa por asunción del riesgo en el que se asumen los riesgos derivados de un tratamiento para el cual no se está capacitado es cuestionado por quienes encuentran en él una sanción por el modo de conducir la

vida, incompatible con el Estado de Derecho.[247] En efecto, sostienen quienes realizan estas críticas que se estaría sancionando a alguien por no esforzarse demasiado a lo largo de sus estudios, o por no estudiar con suficiente celo, etc. Es por ello que es importante delimitar el ámbito de imputación en este caso, aclarando que la misma solamente deberá tener en cuenta la realización del acto en cuanto tal y no la vida anterior de quien realiza la actuación.[248]

Como casos de culpa por asunción del riesgo, Montealegre Lynetett plantea los siguientes:[249]

- Cuando no se solicita por parte del médico, estando en condiciones de hacerlo, la colaboración de especialistas.
- Cuando el médico, estando en posibilidad de hacerlo, no remite al paciente a un centro asistencial que cuenta con mejores medios para su tratamiento. Como consecuencia de no realizarse ese traslado, se agrava la situación del paciente.
- Una vez iniciada una intervención, el médico se percata de que el diagnóstico inicial estaba equivocado, y, sin contar con la idoneidad suficiente o con los medios adecuados, procede a practicar una intervención no planificada inicialmente.

Nosotros agregamos que habrá culpa por asunción del riesgo en el evento en que el médico, a pesar de estar capacitado para realizar el procedimiento lo realice en un lugar no adecuado para ello, como quien realiza un procedimiento quirúrgico en la residencia del paciente en vez de realizarlo en el lugar habilitado para ello.

El caso es juzgado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, Colombia, que se ocupa de un caso en el que una paciente es diagnosticada de apendicitis en una clínica privada. Por carecer de recursos económicos es intervenida quirúrgicamente no por el cirujano de turno sino por una residente quien abandona material quirúrgico en el cuerpo de la paciente. Poste-

[247] ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1038.

[248] Ibíd., p. 1038.

[249] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 292.

riormente, se realiza el postoperatorio en la residencia de la paciente por parte de un médico particular, quien en una consulta al realizar una limpieza de la herida observa "*una fístula localizada en el colon por donde se estaba presentando un foco de infección*". El médico que detectó esta situación extrae directamente el elemento que se encontraba en la paciente "de manera fácil, al halarla suavemente" cuando lo prudente hubiera sido ingresar a la paciente nuevamente a cirugía.[250]

El Tribunal Nacional de Ética Médica, en Sentencia del 31 de octubre de 1996 se ocupa igualmente de un caso en el que un médico realiza un procedimiento (cirugía de párpados) a un paciente en su casa y acompañado de su esposa, quien había estudiado algunos semestres de enfermería pero que no terminó jamás sus estudios.

El asumir un riesgo para el cual no se está capacitado no supone *per sé* una declaratoria de responsabilidad, sino la creación de un riesgo desaprobado. Deberá entonces, establecerse si además esa falta de pericia fue la que causó efectivamente el resultado lesivo y posteriormente deberá determinarse si la persona pudo cumplir con aquello que de ella se esperaba.

> **Ejemplo**: Cuando un estudiante de medicina se encuentra departiendo con sus amigos, uno de los cuales necesita urgentemente de la aplicación de procedimientos de reanimación, los cuales el aprendiz inicia sin que lleguen a feliz término por su falta de pericia. En este caso, diríamos que si bien hay creación del riesgo desaprobado y realización del mismo, no se le podría exigir una actuación conforme a aquello que de él se esperaba en el caso concreto, por lo que no habrá lugar a responsabilidad en este caso.

Es importante señalar que en el caso de la asunción del riesgo cuando esta conducta se debe a situaciones urgentes, como por ejemplo, el médico que asume un tratamiento en un lugar no adecuado para ello –v. gr. el médico que atiende un paciente con complicaciones cardíacas en medio del campo de-

[250] Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. Colombia. Sentencia del 17 de febrero de 1999.

bido a la urgencia de la situación- existe riesgo creado, y si converge la producción de un resultado lesivo causalmente vinculado al riesgo creado, habrá imputación objetiva de la conducta, no siendo punible la misma por converger un estado de necesidad justificante, pero debemos afirmar la creación y realización del riesgo. En contra se manifiesta Montealegre Lynett, para quien es posible hablar de actuaciones contrarias al deber de cuidado que se encuentran dentro del riesgo permitido, como sucedería en las acciones peligrosas de salvamento y el principio de confianza.[251]

Reiteramos nuestra postura en lo que tiene que ver con estos casos, pues, para nosotros, en el evento de la realización de acciones peligrosas, cuando haya infracción al deber de cuidado, como en el caso de la asunción del riesgo la impunidad del mismo no se debe a la falta de creación de riesgo sino a un estado de necesidad.

Por último en este apartado, diremos que, de acuerdo con Montealegre Lynett, en los casos de culpa por asunción del riesgo, a partir del hecho que las consecuencias del suceso deben ser previsibles, tratándose de una previsibilidad concreta, quien asume el riesgo solamente responderá por el daño en la medida en que lo hubiera previsto. Así, si lo previsible era que a lo sumo se causara una merma a la integridad del paciente (lesiones) se responderá por lesiones y no por homicidio aún produciéndose el deceso del paciente. Por el contrario, si lo previsible era la causación de la muerte, se responderá por el fallecimiento del paciente.[252]

6. *Elaborar la historia clínica*.[253] Definida por el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, se trata de un documento privado sometido a reserva en el que se encuentra el respaldo probatorio de todas las actuaciones que se realizan sobre el paciente. Su elaboración corresponde al profesional de la salud, quien será el titular de los derechos de autor sobre el mismo, e incluye los antecedentes del paciente, fecha y contenido de la anamnesis, diagnóstico, terapias aplicadas,

---

[251] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 295.

[252] Ibíd., p. 290.

[253] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 95. YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, pp. 48 y ss.

evolución del usuario, exámenes de laboratorio, documentos tales como notas de enfermería, medicación, notas de cirugía, etc.[254]

En este caso, la obligación del profesional de la salud se refiere a la elaboración de conformidad con lo establecido por las normas pertinentes de la historia clínica, sin que la misma pueda ser adulterada.[255]

En el evento en que la historia clínica sea adulterada, ya sea introduciendo en la misma hechos que no correspondan a la realidad, ya sea mutilándola, se estará creando un riesgo desaprobado cuya tipificación se realizará de conformidad con las normas que sancionan la falsedad documental.[256/257]

Puede suceder, sin embargo, que exista un error en la historia clínica, por ejemplo, en la medicación como consecuencia del cual se produzca una intervención sobre el paciente que a su vez desencadene un proceso lesivo para la vida o la integridad personal de este último.

> **Ejemplo**: El médico ordena a la enfermera A aplicar a un paciente 0,2 mg de beta metil digoxina. La enfermera A entiende mal y anota 2 mg. Cuando llega la siguiente enfermera B, aplica 2 mg y se produce el deceso del paciente por intoxicación digitálica. Nótese cómo, si bien la enfermera A creó un riesgo desaprobado, como lo fue el no anotar correctamente la medicación, e incluso el médico también lo habría creado al no verificar el entendimiento de la orden, no fueron estos riesgos los que se concretaron en la lesión del bien jurídico, pues la enfermera B debió constatar la orden.

---

[254] Sobre el tema, JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 254.

[255] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 96.

[256] Sobre falsedades en la historia clínica, puede consultarse la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 15 de febrero de 2000, en la que se juzga el caso en el que un médico realiza una intervención en un niño para separarle tres dedos de la mano que tenía pegados. Ante el fracaso en la intervención practicada por el médico en tanto que uno de los dedos del menor presentó complicaciones, y la carencia de seguro médico estudiantil por parte del menor, el médico elabora un certificado en el sentido de que la situación del dedo del menor se debe a una cortada que el mismo sufriera con un vidrio.

[257] Muy interesante resulta la Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética Médica sobre el caso en el que el médico inserta datos mendaces en la historia clínica y alega en su defensa que lo realizó motivado por un miedo insuperable. Se trata del procedimiento del 14 de agosto de 1997.

7. *Mantener el secreto profesional.*[258] Es obligación del profesional de la salud[259] mantener en reserva todo aquello que en desarrollo de su función ha conocido sobre el paciente, su estado de salud, sus antecedentes, etc.[260] En el evento en que el profesional de la salud, revele aquello que ha conocido por razón de su relación con el paciente, estará creando un riesgo desaprobado.[261]

El problema sería determinar el delito aplicable en aquellos eventos en que el secreto se divulga, pues, si bien nuestro sistema penal tutela la información, lo hace siempre y cuando se produzca una afectación patrimonial, o constituya información oficial, por lo que, en la práctica, sería una cuestión más del resorte del derecho ético médico, que jurídico penal.

Sin embargo, no toda revelación de secretos conocidos por el médico[262] supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues nuestra normatividad establece excepciones a este principio de reserva, como se reseña a continuación.[263]

1. Cuando se revela el secreto a autoridades judiciales que en el curso de un proceso han solicitado esta información.
2. Cuando se revela el secreto con la finalidad de obtener el consentimiento en los casos de consentimiento sustituto.
3. Cuando se revela la condición de portador del VIH del usuario a la pareja del paciente.
4. Cuando se revela el secreto profesional con ocasión de una junta médica.

---

[258] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 254.

[259] Ibíd. p. 257.

[260] Ibíd. p. 254.

[261] Artículos 33 y siguientes de la Ley 23 de 1981. El Tribunal Supremo se ocupa del secreto profesional en la sentencia del 4 de abril de 2001. Es un caso en el que un médico neurólogo visita a una paciente a quien conocía por provenir los dos de una pequeña localidad ingresada en la sección de ginecología. El médico accede a la historia clínica de la paciente en la que consta la preexistencia de dos abortos anteriores y un actual estado de embarazo, situación que el galeno comenta con la madre de la paciente quien desconocía la situación.

[262] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 101.

[263] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 258.

5. Cuando se revela con fines académicos. En este caso, no será permitida la revelación de la identificación del paciente, pero sería viable que en un ejercicio de clase, o en un debate científico, por ejemplo, se expresaran las particularidades del caso o se exhibieran fotografías, siempre y cuando no se individualice el paciente, caso en el cual habría una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

7. *Deber de información*[264]

7.1. Generalidades sobre el deber de información[265]

La relación médico-paciente supone que las partes que convergen en esta especial relación jurídica se encuentran en un evidente estado de desigualdad. Lo anterior debido a que, usualmente, en primer término, cuando el particular acude ante el profesional de la salud lo hace aquejado por alguna situación física que le produce ansiedad, y, en segundo término, por cuanto el médico dispone de los conocimientos necesarios para entender la situación del usuario, sus riesgos y el tratamiento a aplicar.[266]

Pues bien, precisamente por lo anterior, el ordenamiento jurídico reviste al médico de la obligación de suministrar la información al paciente sobre su estado actual de salud,[267] los riesgos en que se encuentra su integridad, las alternativas de tratamiento, los riesgos que las mismas conllevan[268] y, en nuestro

---

[264] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 101.

[265] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 218.

[266] Artículos 11 y siguientes de la Ley 23 de 1981. Sobre el tema, JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 218.

[267] Obligación que debe cumplir personalmente, como acertadamente lo indica el Tribunal Supremo español en sentencia del 26 de septiembre de 2000.

[268] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 102. Sobre el deber de información señala el Consejo de Estado que "*la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente.*" Sentencia del 24 de enero de 2002. Sobre este punto, el deber de información también se aplica en lo que tiene que ver con el deber que le asiste al médico y a todos los profesionales de la salud de advertir a los pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten. Sentencia del 22 de noviembre de 1991.

criterio, debe informar adicionalmente sobre los riesgos que conllevaría la no aplicación del tratamiento.[269/270]

> **Ejemplo**: La CA de París en Sentencia del 13 de noviembre de 1998 consideró que un cirujano dental faltó a su deber de información como consecuencia de lo cual el paciente perdió su derecho a rechazar el tratamiento.

En igual sentido, el Consejo de Estado de Colombia, en fallo del 24 de mayo de 2002, señaló que a pesar de aquellos eventos en los que se produce una lesión al paciente siendo adecuado el tratamiento, hay responsabilidad del médico tratante en los eventos en los que el profesional de la salud no haya advertido los riesgos del tratamiento, de manera que el paciente hubiera podido rehusar la terapia.[271]

Solamente cuando el médico ha informado al paciente sobre lo anterior y éste ha entendido su situación de una manera que pueda tomar alguna decisión al respecto, podemos hablar de consentimiento informado y la intervención del profesional de la salud en la humanidad del usuario sería legítima.[272]

Es claro que es deber del médico realizar todos los esfuerzos necesarios para determinar la situación en la que se encuentra el paciente, determinado lo cual está en la obligación de establecer los riesgos previsibles[273] que pueden

---

[269] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 218.

[270] El debido cumplimiento del deber de información debe quedar consignado en la historia clínica, pues en los eventos en que no exista indicación en la historia clínica sobre el cumplimiento del deber de información hay un indicio sobre el incumplimiento del deber de información por parte del médico tratante o la institución de salud. Sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 9 de mayo de 2000. Señala el Tribunal Nacional de Ética Médica en esta sentencia al respecto: *"…constituye un deber médico el comunicar a los familiares o allegados el estado de gravedad en que se encuentra el paciente y si tales advertencias o informaciones no aparecen documentadas en la historia clínica, es posible que en la realidad no se haya cumplido con tal deber ético…"*.

[271] Señala el Consejo de Estado en la parte pertinente de la sentencia respectiva lo siguiente: "habrá de condenarse a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no. Sentencia del 24 de enero de 2002.

[272] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 224.

[273] Un interesante caso sobre lo que son los riesgos previsibles lo encontramos en la sentencia del 30 de agosto de 2001 emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala

presentarse en el curso del tratamiento y de evaluar su propia capacidad para enfrentar la situación.

Por ende, como lo hemos sostenido, claramente habrá riesgo desaprobado cuando el médico no tome las medidas para determinar la situación actual del paciente, o los eventuales riesgos que pudieran surgir, o sobre estime su propia capacidad para enfrentar la situación. Como consecuencia de lo anterior, se le imputarán aquellos resultados que como consecuencia de esta situación se produzcan.[274]

M, República Argentina. Tras realizarse una cirugía de catarata, el paciente contrae el Síndrome de Irvine Grass o Edema Muscular Cistoide EMC el cual se presenta en el 2% de los pacientes operados. El Alto Tribunal señala que no hay responsabilidad de los facultativos que no informan sobre este riesgo por "*las escasas e inciertas probabilidades*" sobre su ocurrencia. Igual, en la sentencia proferida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 20 de febrero de 1992, en la que se produce en desarrollo de una intervención una punción en el nervio ciático que, en el caso del paciente, se encontraba situado por fuera de donde normalmente está, situación que el paciente no advirtió al médico, por lo que el Tribunal entiende que estamos frente a una situación imprevisible. Sobre riesgos previsibles es obligatorio referirnos al famoso caso Bianchi fallado por el Consejo de Estado francés en el que se señala que un riesgo desconocido en el estado de la ciencia médica no da derecho a la reparación. La sentencia es del 9 de abril de 1993. La Jurisprudencia Europea parece trasegar por otro camino que la Argentina, como demuestran los siguientes casos. En la Sentencia del Tribunal de Nápoles del 11 de febrero de 1998 se condena a un médico que omite informar acerca del riesgo de necrosis medular consecuente con un tratamiento de irradiación de un tumor óseo correctamente diagnosticado y tratado, el cual es del 5%. En España, en la Sentencia del 12 de enero de 2001 emanada de la Sala Primera Civil del Tribunal Supremo, se enjuició la conducta de un médico que no informó a una paciente una complicación consistente en la lesión permanente en el nervio recurrente a consecuencia de una intervención en el cuello. Se trataba de un riesgo excepcional que se presenta en el 0,03% de los casos pero que es típico a esta clase de procedimientos, por lo que el Tribunal consideró que lo importante no es lo recurrente de este tipo de situaciones, sino la posibilidad de que se presenten en el caso concreto lo que determina el que deban ser informados al paciente. En la Sentencia del 25 de abril de 1994, el Tribunal Supremo, Sala Primera Civil señala que el médico debió informar del riesgo de la recanalización espontánea de la vía seminal en el caso de procedimientos de vasectomía a pesar de que esta posibilidad oscila entre el 0,4 y el 1% de los casos. En Sentencia del 22 de junio de 2004 el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ocupa de un caso en el que una paciente se somete voluntariamente a una intervención quirúrgica de reducción de mamas orientada a remediar los dolores de espalda derivados de una hipertrofia mamaria y una osteoporosis en fase inicial. De la intervención se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona aureola-pezón, riesgo que no le fue informado a la paciente. Se concluye que si bien el riesgo de la necrosis era del 0,44% el mismo debió ser informado a la paciente por tratarse de una intervención voluntaria. La jurisprudencia española es coherente en aumentar el deber de información en los casos de intervenciones voluntarias, como lo afirmó en el caso de las vasectomías. Sentencia del 19 de noviembre de 2007.

[274] Al respecto, el Consejo de Estado en la ya citada Sentencia del 3 de mayo de 1999 señala que cuando el médico no informa la paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen, los asume el profesional en forma unipersonal comprometiendo su propia responsabilidad personal e incluso la responsabilidad del centro sanitario donde se realiza la intervención. En sentencia de la Audiencia Pro-

Establecido lo anterior, es decir, la situación diagnóstica del paciente, las alternativas terapéuticas y la propia capacidad de acción, el médico está en la obligación de transmitirle esta información al paciente como presupuesto del consentimiento informado.

A continuación, ahondaremos sobre el contenido de este deber de información.

7.2. Extensión del deber de información[275] y transmisión de la información

7.2.1. Deber de informar sobre el estado actual de salud.[276] Realizada la anamnesis, y los exámenes diagnósticos necesarios para entender la situación del paciente, el profesional de la salud está en la obligación de informarle al usuario sobre las conclusiones de esta labor, en otras palabras, debe transmitirle el diagnóstico.

Al transmitirle el diagnóstico, el profesional de la salud debe cerciorarse de emplear un lenguaje claro, evitar los tecnicismos, de manera tal que el usuario pueda entender su situación actual. Así mismo, el profesional de la salud debe cerciorarse de que el usuario ha entendido aquello que el médico le transmite.

7.2.2. Deber de informar sobre las alternativas terapéuticas y sus riesgos.[277] Explicado y entendido el diagnóstico, el profesional de la salud debe a continuación ilustrar al paciente sobre las alternativas terapéuticas que pueden contribuir a solucionar la situación de este último.[278]

---

vincial de Tarragona del 23 de marzo de 1992 se condenó a un médico que practicó a una mujer una ligadura de trompas que fracasó por repermeabilización sobre la cual no fue informada la paciente.

[275] JARAMILLO, Carlos Ignacio Op. cit., 2002, p. 219.

[276] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 102. GÓMEZ RIVERO comenta un caso interesante que pone de relieve la importancia de entregarle al paciente toda la información sobre su estado actual de salud. Se trata de un caso en el que un paciente es intervenido por apendicitis aguda y se le encontró un tumor en el intestino durante la intervención. Sin embargo, fue dado de alta sin tener conocimiento de que se había solicitado un informe para averiguar la patología del tumor detectado. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 114.

[277] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 102. Sobre los casos de transfusiones sanguíneas fracasadas la jurisprudencia colombiana y española han realizado diferentes pronunciamientos. Bien vale la pena destacar la sentencia del 17 de marzo del 2003, de la Cámara en Sala de Acuerdos de Buenos Aires.

[278] Artículo 16 de la Ley 23 de 1981.

Así mismo, deberá informar sobre los riesgos que conlleva la aplicación de las alternativas terapéuticas, tanto en la actualidad del estado de salud del paciente, como a futuro, debiéndole informar sobre cambios en su modo de vida, prohibiciones a futuro, etc.[279]

Sin embargo, la obligación del médico respecto de la información de los riesgos para la salud del paciente se limita a aquellos riesgos que sean previsibles,[280] en tanto que debemos tener claridad en cuanto a que para el momento en que se transmite la información del paciente, es claro que una puede ser la situación aparente y otra la realidad de este último, debido a que aún no ha habido intervención sobre la humanidad del usuario.[281]

> **Ejemplo**: De acuerdo con los paraclínicos practicados a un paciente A, aparentemente el paciente padece de un osteoma ostioide (tumor benigno) en el tercio proximal de la tibia derecha, por lo cual se le informa la necesidad de realizarle una excisión quirúrgica de la masa. El paciente autoriza el procedimiento. Al momento de intervenir en el paciente, se percata el profesional de la salud de que la masa no corresponde a un osteoma osteoide, sino que se trata de un osteosarcoma, que finalmente le causa la muerte.

Cuando nos referimos al alcance del deber de información, en el punto de los riesgos, dijimos que este deber se limita a los riesgos previsibles. Pues bien, entendemos por riesgos previsibles aquellos que son de común ocurrencia, que normalmente se desprenden de este tipo de procedimientos, y solamente deberá informarse de aquellos que excepcionalmente suceden cuando del conocimiento que el profesional de la salud tiene del paciente se pueda inferir que estos riesgos pueden ocurrir en esa situación en concreto.

Por último, diremos que no hay una sola intervención en la salud del paciente que no conlleve un riesgo para su vida, pues existen supuestos donde intervenciones con riesgos mínimos tienen desenlaces lesivos para el paciente,

---

[279] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 218 y ss.

[280] SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Op. cit., 2000, p. 103.

[281] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 218 y ss.

pero esto no significa que el médico deba siempre transmitir esta información, sino simplemente debe limitarse a transmitir los riesgos previsibles e inherentes al procedimiento a realizarse sobre el paciente.

Lo anterior debido a que el médico tiene también el deber de comportarse de manera prudente a la hora de transmitir la información, sin que pueda dar lugar a que se generen alarmas innecesarias, o temores infundados.

7.2.3. Deber de informar sobre los riesgos de la no aplicación de las alternativas terapéuticas

Consideramos que además de la obligación que pesa sobre el profesional de la salud de informar sobre los riesgos derivados de la aplicación de un determinado procedimiento, el médico está en la obligación de informar al paciente sobre los riesgos que conllevaría la no aplicación de la medida terapéutica.

Así, el médico deberá indicarle al paciente no solamente qué sucede en el caso de someterse este último al tratamiento sino también que puede acontecer en su vida si no se somete al procedimiento terapéutico para que pueda entenderse que el usuario está realmente en condiciones de decidir sobre una eventual intervención en su humanidad.

> **Ejemplo**: El médico A le informa a su paciente B que padece de una cuagulopatía, de tal manera que es necesario el inicio de warfarina, un medicamento anticoagulante. Si no toma el medicamento pueden producirse en la sangre coágulos que, al migrar al cerebro, generarán un accidente cerebro vascular (trombosis), con la pérdida de facultades mentales importantes. Sin embargo, el uso de la warfarina requiere un control estricto, ya que su uso puede generar hemorragias en cualquier órgano del cuerpo, con sangrados incontrolables y potencialmente mortales.

7.2.4. Transmisión de la información. El lenguaje que emplean los profesionales de la salud es extremadamente técnico y por ende de difícil comprensión para quienes no entienden sobre la medicina o la ciencia de la salud de que se trate (odontología, pediatría, etc.).

La obligación de transmitir la información al paciente no se encuentra satisfecha con la sola transmisión del diagnóstico, sino que debe hacerse de una

manera tal que el paciente entienda lo que el médico le está transmitiendo,[282] quien está en la obligación de aclarar cualquier duda que le surja al paciente. Esto es lo que se entiende como la lealtad en la transmisión de la información y se concreta en que el médico tiene que ser leal frente a su paciente al transmitirle la información sobre su estado de salud, alternativas terapéuticas y riesgos.

Claramente la información no debe constar por escrito, siendo suficiente con la transmisión verbal de la misma, pero es aconsejable dejar alguna constancia sobre el cumplimiento de este requisito en la historia clínica.[283/284]

En Colombia la Corte Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la lealtad en la transmisión de la información del médico al paciente en una paradigmática sentencia (T-477 del 23 de octubre de 1995) en la que juzgan los siguientes hechos. En el año 1981 un menor de seis meses de edad, hijo de dos campesinos, semi-analfabetas y residentes en una alejada región del país que se dedican a labores del campo, es abandonado al cuidado de una perra pequeña a la cual apenas le estaban naciendo los dientes. Al regresar el padre de su parcela y la madre de recoger leña, encontraron al animal con sangre en el hocico y el niño tenía cercenados el pene y los testículos.

Al día siguiente de estos hechos, los padres, a primera hora de la mañana, iniciaron una caminata para llevar al niño desde la montaña hasta el poblado donde se encontraba el hospital. Su trayecto les tomó 9 horas, lo cual da una idea de lo retirada que se encontraba su vivienda respecto del municipio más cercano.

Posteriormente, el menor es trasladado del hospital de la pequeña población donde fue llevado por sus padres a una institución en una ciudad capital.

---

[282] Señala sobre el punto el Consejo de Estado. "*El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico.*" Sentencia del 24 de mayo de 2002.

[283] La Corte Constitucional colombiana establece como excepción a este principio de consensualidad en materia del consentimiento informado el caso del cambio de sexo, en el que el consentimiento debe constar por escrito. Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995.

[284] En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, D.C., de fecha 15 de febrero de 2000 sostiene que el consentimiento verbal es suficiente siempre y cuando no quede duda de su existencia.

Allí, los médicos proyectaron que sería académicamente interesante realizarle un cambio de sexo al menor y posteriormente obtuvieron el consentimiento de los padres, quienes dibujaron su firma en un escrito en el que autorizan *"cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo",* sin que fueran conscientes de la trascendencia del cambio de sexo de su hijo. Contando con esta autorización, se le practicó al menor una operación de meatotomía.

Con posterioridad a la intervención, los padres informaron en su municipio de origen que el menor había fallecido, y lo internaron en un albergue de monjas donde se le dio la instrucción propia de una niña. A pesar de lo anterior, con el paso del tiempo la niña tenía los comportamientos propios de un varón, en lo tocante específicamente con la postura en la micción y en algunos juegos.

Posteriormente se somete a la menor a un proceso de remodelación de sus genitales de conformidad con la evaluación realizada por un cirujano, sin contar en este segundo procedimiento con la autorización de los padres de la menor. Así mismo, se realizó tratamiento psiquiátrico para que la menor se adaptara como mujer y comenzó a surgir rechazo por parte de la menor y se detecta una orientación masculina en la paciente, por lo que se interpone una acción de tutela –recurso de amparo– para lograr nuevamente el cambio de sexo por parte del menor.

Tras un sinnúmero de consideraciones, la Corte Constitucional colombiana entiende que en este caso no se obtuvo en debida forma el consentimiento informado del paciente por lo que ordena realizar una readecuación del sexo y que la menor pueda ser nuevamente un varón.[285]

7.3. Consecuencias jurídico-penales de la infracción al deber de información

La infracción al deber de información supone evidentemente la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, cuyo resultado es la obtención de un consentimiento viciado, que no se compadece con el presupuesto del consentimiento

[285] EL Tribunal Supremo español señala que la información que se transmite al paciente debe ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva. Debe así mismo integrarse con los conocimientos del destinatario para entenderla debidamente y debe ser suficiente para que el paciente cuente con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención. Sentencia del 29 de mayo de 2003.

informado[286] y, por ende, la asunción por parte del profesional de la salud, de los resultados lesivos para la integridad personal del paciente que no hayan sido conocidos y consentidos por este último.[287]

Habrá infracción a este deber –y por ende creación de riesgos desaprobados– en los siguientes eventos:

1. Cuando no se informe al paciente sobre su estado actual de salud.
2. Cuando no se informen al paciente los riesgos de la intervención en su humanidad. Habrá riesgo desaprobado igualmente cuando solamente se informen parte de los riesgos derivados de la terapia.
3. Cuando no se informen al paciente los riesgos que conllevaría la no realización del tratamiento. Habrá riesgo desaprobado igualmente cuando solamente se informen parte de los riesgos derivados de la no aplicación de la terapia.
4. Cuando la transmisión de la información no se haga de una manera clara del médico hacia el paciente, de forma tal que éste no comprenda el contenido y los alcances tanto de la intervención, como de los riesgos que de la misma se desprenden.

   Ejemplo: La señora A asiste al consultorio de un gastroenterólogo por presentar episodios intermitentes de diarrea y estreñimiento. El médico después de realizar una serie de exámenes con resultados normales decide solicitarle a la paciente la realización de una colonoscopia con el

---

[286] Así lo sostuvo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B de la República Argentina, en Sentencia del 23 de mayo de 2007. Sostiene: "*no puede existir un consentimiento válido si el médico ha fallado en su deber de información…*". Igualmente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo, en Sentencia de octubre de 2007 que *"…el médico que no informa al paciente, o bien, cuando no obtiene el consentimiento idóneo del paciente, está asumiendo los riesgos o consecuencias directas o indirectas del acto médico no consentido"*.

[287] Sobre los eventos en que se realiza una intervención sin el consentimiento del paciente Señala el TS español en la paradigmática Sentencia N° 308/2001 (Sala de lo Penal), de 26 febrero: "*En este sentido debemos reiterar que el art. 420 CP de 1973 -como el 147 actualmente vigente (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)- no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva «o» en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física «… no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular» (STC de 16 de diciembre de 1996 [RTC 1996, 207])*".

> fin de determinar la causa de su padecimiento. La señora A pregunta al médico si existe algún riesgo frente al procedimiento, a lo cual contesta el galeno que son tan poco frecuentes que no es necesario tenerlos en cuenta. Durante la realización de la colonoscopia, la paciente sufre una perforación intestinal, que le causa una peritonitis generalizada y finalmente la muerte.

En un caso la jurisprudencia italiana se ocupa de la cuestión. Se trata de uno en el que una bailarina profesional desnudista luego de someterse a una cirugía estética en el seno resulta con cicatrices evidentes, excesivo desplazamiento hacia arriba y asimetría en los pezones. En este caso se condenó al médico cirujano por incumplir con el deber de información.[288]

8. *Deber de obtener el consentimiento informado*[289]

8.1. Generalidades sobre el consentimiento informado

Una vez se el paciente ha comprendido su estado de salud así como los alcances de la intervención que se realizará sobre su humanidad, el mismo debe expresar si está de acuerdo o no con el procedimiento, no pudiendo el médico constreñirlo de manera alguna. El acuerdo de voluntades, en virtud del cual el paciente manifiesta libre y espontáneamente su aceptación al procedimiento,[290] precedido de una información suministrada por parte del profesional de la salud, la cual contiene el estado actual de salud del paciente, el contenido y los riesgos de la intervención, así como los riesgos de la no intervención,[291/292] recibe el nombre

---

[288] Se trata de la sentencia de la Corte de Casación Civil Sez. II. 8 de agosto de 1985, no. 4394.

[289] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, pp. 218 y ss. Paradigmático, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., 2002, pp. 31 y ss.

[290] Igualmente el paciente puede también rechazar el tratamiento. Al respecto, puede consultarse la Sentencia del 18 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional número 3 de Mar del Plata, Argentina, en la que un paciente se niega a que se le practique una intervención quirúrgica mutilante –amputación del miembro inferior izquierdo–. Sobre el tema, también la Sentencia T-401 de 1994, emanada de la Corte Constitucional colombiana.

[291] Sobre la necesidad del conocimiento de los riesgos del tratamiento puede confrontarse la Sentencia T-410 de 1994 emanada de la Corte Constitucional de Colombia.

[292] GÓMEZ RIVERO señala que hay casos en los que cumplir con las exigencias del consentimiento informado puede resultar incluso cruel, como cuando un paciente es aquejado por fuertes dolores y la terapia sea paliativa de los mismos, de modo que el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado conlleva necesariamente el aplazamiento del tratamiento. Señala que en estos casos basta

de *consentimiento informado* y constituye el presupuesto indispensable para que pueda hablarse de acto médico.[293/294]

No existen en nuestra normatividad requisitos formales para la manifestación del consentimiento, pudiendo éste ser una aceptación verbal o, en algunos casos, la simple comparecencia del paciente a la intervención es suficiente para afirmar que la está consintiendo.[295]

A pesar de lo anterior, lo recomendable es siempre que este tipo de acuerdos queden plasmados en algún escrito donde se haga claridad sobre el cumplimiento del deber de información por parte del profesional de la salud, y la aceptación del paciente, a efectos de poderlo demostrar en un eventual escenario litigioso.

El consentimiento informado se otorga con fines de:

- Tratamiento farmacológico
- Procedimientos diagnósticos no invasivos
- Procedimientos diagnósticos invasivos
- Procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
- Procedimiento ouirúrgico
- Cirugía estética
- Tratamiento no convencional (Consentimiento heroico)

---

con que el paciente consienta de forma implícita en la terapia paliativa del dolor sin que sea exigible una información detallada de la terapia ni el consentimiento específico. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., p. 54.

[293] Artículo 15 de la Ley 23 de 1981. Reiteramos el que obrar sin consentimiento informado supone que el médico crea riesgo desaprobado y asume las consecuencias que se produzcan. Importante resulta al respecto analizar la sentencia del Tribunal Supremo español del 26 de octubre de 1995, en la que analiza un caso en el que un médico que, aprovechando una intervención de cesárea, esterilizó a la mujer sin contar con el consentimiento de ella o de sus familiares.

[294] GÓMEZ RIVERO indica como ejemplos de esta situación los siguientes: Se hace creer al paciente que se le anestesiará para realizar una exploración cuando en realidad se le interviene quirúrgicamente o cuando se aprovecha una intervención para realizar otra distinta, o cuando se hace creer al paciente que la intervención se orienta a extraerle un quiste provocado por la acumulación de grasa cuando en realidad se trata de extirparle un tumor maligno. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 147. La jurisprudencia española se ha ocupado de supuestos en los que mujeres que ingresan para procedimientos quirúrgicos son esterilizadas mediante ligadura de trompas sin su consentimiento. Un claro ejemplo de intervención arbitraria en el paciente.

[295] Reiteramos la excepción creada por la Corte Constitucional colombiana en el caso de cambio de sexo en el sentido de que, en estas ocasiones, la aceptación del paciente debe constar por escrito.

- Como sujeto de experimentación[296]
- En algunos sistemas debe obtenerse el consentimiento informado con fines de donación de órganos.[297] No es el caso colombiano que establece la presunción de donación.

El Tribunal Nacional de Ética Médica, en Sentencia del 21 de mayo de 2002, señala que no existe consentimiento informado en el evento en que el paciente consiente para que se le opere una rodilla y los profesionales de la salud le operan la otra.[298]

Por último en este aparte, diremos que el consentimiento es reversible, es decir, es posible que una vez otorgado, quien lo expresó indique que no desea consentir el tratamiento y esto debe respetarse por el médico tratante.[299]

8.2. El consentimiento informado en la legislación colombiana

La Constitución colombiana no se refiere expresamente al asunto del consentimiento informado, pero allí encontramos algunas normas que nos sirven de referencia a este respecto como son los principios constitucionales de libertad, autonomía personal y dignidad humana.[300]

---

[296] El reglamento para la investigación biomédica en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social ha definido el consentimiento informado en procedimientos de experimentación a partir de tres elementos: Voluntariedad, información y comprensión. La voluntariedad implica el que los pacientes puedan decidir libremente si participan en el estudio sin que haya coacción de ningún tipo. La información que se suministra al paciente debe ser comprensible y debe incluir "el objeto del estudio y su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales, las posibles incomodidades derivadas de la participación y la posibilidad de retirarse del estudio en cualquier momento sin que ello dé lugar a perjuicio".

[297] Se plantea la discusión de la reversibilidad del consentimiento otorgado con fines de donación en los casos en que se revoca el consentimiento en una fase posterior a la extracción del órgano pero anterior a la implantación en el receptor. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 72. Interesante es el caso en el que el consentimiento se otorga de manera condicionada y posteriormente esta condición se incumple. Ejemplo: el padre consiente en donar uno de sus órganos a su hijo quien lo necesita para sobrevivir. Se extrae el órgano del padre y posteriormente se implanta en otra persona. Ejemplo de GÓMEZ RIVERO. GÓMEZ RIVERO. Op. cit., 2003, p. 161.

[298] Se trata de un caso realmente interesante, en tanto que los médicos alegan en su defensa que la rodilla efectivamente operada que no era la que el paciente había consentido, tenía igualmente problemas que hacían aconsejable una intervención quirúrgica. El Tribunal Nacional de Ética Médica desestima el argumento de los facultativos y les impone una sanción.

[299] GÓMEZ RIVERO nos trae el ejemplo del paciente que ha estado durante meses sometido a quimioterapia y posteriormente la rechaza. Se trata de una situación que el médico debe respetar. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 69.

[300] En España, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, dispuso que el consentimiento informado es un derecho fundamental. Al respecto, cfr. Sentencia del 12 de enero de 2001. Señala la referida sentencia

Legalmente, encontramos la Ley 23 de 1981 que en su artículo 1º establece que *"El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual….".* Posteriormente, en este mismo cuerpo normativo encontramos el artículo 4º que establece que "*La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente"* y el artículo 5º que dispone que "*la relación médico-paciente se cumple por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes".* El artículo 14 de la misma norma dispone que "*el médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata".* El artículo 15 de esta ley señala que "*el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente".*

Por último, en el decálogo de los derechos de los pacientes, que en Colombia tiene el rango de una Resolución que en un solo artículo contiene los derechos de los pacientes, establece que

> (…) todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social: 1o. Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten la atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país. 2. Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones sicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riegos que dicho tratamiento conlleve. También

que "*El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia".*

> su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

En Colombia se diferencian los tratamientos y los riesgos injustificados, señalando que serán injustificados, unos y otros, cuando sean prescritos sin un previo examen general y aquellos que no corresponden a la situación clínico-patológica del paciente.[301]

Un ejemplo de sometimiento a riesgos injustificados a un paciente lo encontramos en la Sentencia del 17 de febrero de 1999 del Tribunal Seccional de Ética del Valle del Cauca, que se ocupa de un caso en el que un médico extrae material quirúrgico abandonado en el cuerpo de una paciente no mediante cirugía, sino mediante un procedimiento realizado en la residencia de la paciente.[302]

Sobre esto mismo, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, D.C., en Sentencia del 24 de noviembre de 1999, examinada en la sentencia del 15 de febrero de 2000 del Tribunal Nacional de Ética Médica, sostuvo que es un riesgo injustificado el realizar una cirugía en un lugar inadecuado (el consultorio particular del médico) desde el punto de vista técnico y científico en tanto que se echa de menos el instrumental indispensable para el procedimiento.[303]

8.3. Consentimiento presunto y consentimiento sustituto

En aquellos eventos donde el paciente no pueda, físicamente, manifestar su aceptación al procedimiento, nos encontramos frente a las urgencias, caso en el cual se prescinde de este requisito en aras de salvaguardar la vida del usuario, caso en el cual se habla de *consentimiento presunto.* Situación diferente es cuando el usuario se encuentra legalmente impedido para manifestar su aceptación al acto médico, supuesto en el cual la aceptación al mismo la deben rea-

[301] Decreto 3380 de 1981.

[302] Otro caos de exposición al paciente a riesgos injustificados lo encontramos en la Sentencia del 1º de diciembre de 1994 proferida por el Tribunal Nacional de Ética Médica.

[303] Se trata de una cirugía realizada en la mano de un niño en la que el Tribunal Nacional de Ética Médica refiere que en el consultorio del médico no se encontraban instrumentos como un torniquete neumático ni lupas o microscopios necesarios en el caso concreto atendiendo la pequeñez de los vasos sanguíneos de un niño.

lizar quienes ostenten la representación legal del paciente, evento en el cual se habla de *consentimiento sustituto*.[304]

Ejemplo del consentimiento presunto se da cuando un paciente es llevado a un servicio de urgencias en una institución médica por haber sufrido un politraumatismo en un accidente automovilístico, con pérdida de la conciencia. El cirujano tratante procederá a la realización de una laparotomía exploratoria para controlar el sangrado interno producido en el accidente, así no cuente con el consentimiento del paciente.

Frente a un menor de cinco años que requiera la realización de una herniorrafia inguinal, será su madre o padre quienes autoricen dicho procedimiento, realizándose en este caso un consentimiento sustituto.

Se presenta el primer caso, es decir, cuando físicamente el paciente no puede manifestar su aceptación al procedimiento, en los eventos de urgencias, que se trata de aquellos eventos en los que la vida del paciente se encuentra en riesgo, pudiendo el galeno prescindir del consentimiento en aras de salvarle su vida.

A pesar de que la ley faculta al profesional de la salud en estos eventos de urgencia para prescindir del consentimiento informado, ello solo lo habilita para realizar aquellos procedimientos necesarios para superar la urgencia, es decir, para salvar la vida, sin que pueda entenderse como una patente de corzo para realizar otro tipo de procedimientos.

Así mismo, el médico está en la obligación de informar a los allegados del paciente sobre el estado actual del mismo, la intervención que se está realizando y los riesgos, con miras a ponerlos al tanto de la situación.

Superada la urgencia, si sobrevinieren otros procedimientos que no tiendan a salvarle la vida al paciente, deberá obtenerse la autorización del paciente para efectuarlos.

> **Ejemplo**: Un paciente es herido en una situación de combate, presentando múltiples lesiones en la región maxilar derecha, por lo que es sometido a una intervención quirúrgica para controlar el sangrado, para lo cual se obtiene el consentimiento informado. En desarrollo del procedimiento quirúrgico el cirujano de cabeza y cuello evidencia una lesión en el oí-

[304] GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil.* Ed. Bosch. Segunda edición, Madrid, 2004, pp. 93 y ss.

> do medio del paciente, siendo necesaria una segunda intervención para corregir la situación. El cirujano realiza un llamado al otorrinolaringólogo y procede a realizar la intervención sin la toma del consentimiento informado, produciéndose una complicación que genera la pérdida de audición del oído derecho. En este caso, el personal médico claramente violó el riesgo permitido, por cuanto debió tomar el consentimiento informado para la segunda operación.

En el caso del consentimiento sustituto, estamos frente al fenómeno de la incapacidad legal, caso en el cual la ley no le otorga validez al consentimiento expresado por determinadas personas. Es el caso de los menores de edad, cuando el consentimiento lo deben dar sus representantes legales, en otras palabras, sus padres.

Al respecto, lo primero que debe mencionarse es que frente a quienes otorgan el consentimiento sustituto aplica el deber de información que le asiste al médico exactamente igual que si se tratase del paciente. En efecto, el médico debe expresarles a los representantes legales la situación actual del menor, las alternativas terapéuticas, y los riesgos tanto de la aplicación de estas últimas, como en el evento en que no llegasen a aplicarse.

En segundo lugar, jurisprudencialmente se ha establecido, que cuando se trate de procedimientos quirúrgicos que supongan un cambio de sexo en la persona, debe, en todo caso, contarse con la aceptación del menor de edad.

8.5. La ubicación sistemática del consentimiento como excluyente de responsabilidad penal

Existe unanimidad en la doctrina en lo que tiene que ver con la impunidad del tratamiento médico invasivo o no invasivo realizado con el consentimiento informado del paciente o con el consentimiento sustituto, en los casos en que ello esté presente. Dos asuntos generan polémica en esta cuestión, como son, primero, si para estos efectos debe equipararse el consentimiento penal con el consentimiento civil y, segundo, cuál sería la ubicación sistemática del consentimiento como excluyente de la responsabilidad.

En cuanto a lo primero, el punto de partida es que la institución del consentimiento tiene efectos tanto en lo civil como en lo penal, por lo que es necesario determinar si deben medirse con el mismo rasero el consentimiento como

presupuesto del acto jurídico en el campo civil y el consentimiento como excluyente de responsabilidad en lo penal.

Al respecto, encontramos –en primer término– la postura de Cobo Del Rosal y Vives Antón,[305] autores en los que encontramos una evolución en sobre esta cuestión. Así, en un primer momento, estos autores sostuvieron que los requisitos del consentimiento en materia penal se corresponden a los que de manera general establece el ordenamiento jurídico para esta institución. En otras palabras, para estos autores, los requisitos del consentimiento penal serían los mismos que el ordenamiento civil establece. En un segundo momento, modifican su propuesta para señalar que el consentimiento penal necesita *algo más* que en consentimiento civil.

Por otra parte, Cerezo Mir señala que para el consentimiento penal es suficiente con que exista la capacidad natural para comprender o juzgar, sin que sea procedente transpolar el criterio civil de consentimiento al derecho penal. En la misma línea de diferenciar el consentimiento civil del consentimiento penal, Jescheck afirma que en el derecho criminal no importa la protección del menor o la protección del tráfico jurídico, sino simplemente el merecimiento de pena para una acción que se ha realizado con el consentimiento del afectado.

Podríamos señalar que la postura según la cual los criterios civiles para el consentimiento no encuentran aplicación en materia penal es hoy dominante tanto en Alemania como en España.

Esta postura es correcta, pues entendemos que en materia civil el consentimiento obedece a la protección de los intereses del contratante con miras a la realización de un acto jurídico en concreto, mientras que en materia penal el consentimiento se establece como un excluyente de responsabilidad, por lo que, al ser las finalidades distintas en uno y otro ordenamiento, sus requisitos deben claramente ser diferentes.

Prueba del tratamiento diferencial entre el consentimiento civil y el consentimiento penal es la diferencia en cuanto a los requisitos del consentimiento en uno y otro caso, como pasamos a demostrar a continuación.

[305] Cfr. COBO DEL ROSAL Manuel (Coord.). *Tratado de derecho penal. Parte General.*

En materia civil, conocido es que para que pueda hablarse de consentimiento, el mismo debe provenir de una persona legalmente capaz[306] y su anuencia a la realización del acto jurídico debe estar exenta de error, fuerza, o dolo.[307]

En materia penal, se señalan como requisitos del consentimiento la capacidad, pero no entendida como la mayoría de edad y por ende capacidad negocial, sino como la capacidad de comprensión por parte del sujeto pasivo de la situación en concreto, el que el consentimiento sea anterior –y en la versión de Cerezo Mir puede incluso ser simultáneo– a la acción, y –adiciona Gómez Pavón[308]– que el mismo no provenga de error o amenazas.

Vemos ya una primera diferencia y es el concepto de *capacidad* que en términos civiles, se refiere a la capacidad para celebrar actos jurídicos, misma que se encuentra regulada por el ordenamiento civil. Por el contrario, en materia penal la capacidad se entiende como capacidad de comprensión del acto en concreto, y en este sentido, mientras que en materia civil, por ejemplo, un interdicto estaría incapacitado para celebrar determinados actos jurídicos, ello no sucedería en materia penal, ámbito en el que éste podría prestar su consentimiento.

Igual sucede, por ejemplo, con los menores de edad, que en materia civil son igualmente incapaces, pero que en materia penal podrían dar su consentimiento. Ejemplo de lo anterior es la menor de 15 años que consiente un acto sexual (besarse con su novio) caso en el cual no estaríamos en presencia de delito alguno.

En materia de *error*, el error sobre la persona consideramos que, para el caso del derecho penal médico, ésta sería una consideración que no tendría efecto alguno en lo que tiene que ver con la ausencia de consentimiento, pudiendo sí, tener alguna implicación a nivel de los delitos patrimoniales.

Pensemos en el caso en que una mujer se someterá a una mamoplastia para aumentar el tamaño de sus senos, para lo cual contrata al reputado cirujano A. El día de la cirugía realiza la intervención no el reputado cirujano sino otro profesional debido a que el cirujano inicialmente contratado se encuentra realizando otra cirugía. La intervención se realiza satisfactoriamente.

---

[306] Código Civil español, artículo 1264.

[307] Código Civil español, artículo 1265.

[308] GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Op. cit., 2004, pp. 93 y ss.

Civilmente, estaríamos frente a un incumplimiento contractual por parte del médico A y podríamos señalar que hay un vicio en el consentimiento, en la medida en que la mujer no contrató con quien efectivamente la intervino, lo cual deberá resolverse en el plano de la controversia contractual. Por el contrario, en materia penal nadie discutiría la presencia de un consentimiento que excluye cualquier posibilidad de responsabilidad en este caso, pues la mujer era consciente de lo que se estaba realizando en su humanidad y lo consintió. Otra situación es que quizá pueda plantear una eventual comisión del delito de estafa.

En el evento de que el médico obre con el consentimiento informado del paciente, consideramos que la responsabilidad debe descartarse por cuanto ha obrado dentro del riesgo permitido y, por ende, la conducta sería atípica. Sin embargo, ésta no es una postura unánime al interior de la doctrina, en la que las posturas pueden dividirse en dos grandes grupos. Por una parte, encontramos quienes le niegan importancia al consentimiento informado, como es el caso de Romeo Casabona, y por otra aparecen quienes le asignan importancia al consentimiento informado como excluyente de responsabilidad penal. Dentro de este segundo grupo, encontramos, a su vez, tres sub-grupos de posturas, por una parte, –que denominamos postura clásica– encontramos a aquellos autores que señalan que el consentimiento excluye la antijuridicidad usualmente por la vía del legítimo ejercicio de un derecho y, por otra parte –postura moderna– encontramos a los autores que señalan que el consentimiento del sujeto pasivo de la intervención médica excluye la tipicidad. Por último encontraríamos las posturas intermedias, para las cuales el consentimiento obra en unos casos como excluyente de la tipicidad, y en otras como excluyente de la antijuridicidad.

En la primera postura, esto es, aquella que niega la importancia del consentimiento al interior del delito, encontramos a Romeo Casabona, para quien la tipicidad no depende del consentimiento del sujeto pasivo sino que se relaciona con la finalidad curativa. En efecto, para este autor, cuando estemos frente a actividades médicas con contenido curativo, *el consentimiento queda totalmente al margen, siendo su presencia o ausencia totalmente intrascendente para determinar en un tratamiento curativo la concurrencia o no del tipo de*

lesiones u homicidio, sin olvidar que también desempeña en estos tratamientos un papel jurídico penal, pero de índole distinta".[309]

Por el contrario, esto es, cuando el contenido curativo no se encuentre presente, Romeo Casabona entiende que el consentimiento elimina la antijuridicidad en el caso de los tratamientos o intervenciones no curativas por la vía del legítimo ejercicio de un derecho subjetivo como causal de exclusión de la antijuridicidad.[310]

Dentro de la segunda postura, encontramos, en primer término un grupo de autores para quienes este tipo de casos deben resolverse en el plano de la antijuridicidad, ya sea por la vía del legítimo ejercicio de una actividad lícita por parte del médico, o por la vía del consentimiento como causal que excluye la responsabilidad a nivel de la antijuridicidad, y por último, algunas lo consideran el legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, encontrando también posturas como la de Jescheck para quien el obrar dentro del riesgo permitido constituye una causal supralegal que excluye la antijuridicidad.[311]

Entre quienes señalan que el consentimiento del sujeto pasivo excluye la antijuridicidad de la conducta, encontramos a Alfonso Reyes Echandía,[312] quien afirma la impunidad de las lesiones causadas al paciente por parte del personal sanitario a partir de la institución del legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, en el entendido de que hay una conducta lícita del galeno quien se encuentra legítimamente ejerciendo una profesión lícita, reconocida por el ordenamiento.

Bajo Fernández se encuentra igualmente entre quienes entienden que el consentimiento informado excluye la antijuridicidad de la conducta, indicando que para que ello sea posible, es necesario que el facultativo obre de conformidad con la *lex artis.*[313]

Por otra parte, para algunos autores el consentimiento del sujeto pasivo excluye la tipicidad. Es el caso de Jorge Barreiro, quien señala que dentro de la tipicidad penal no se encuentran las lesiones ocasionadas con finalidad cura-

---

[309] ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el derecho penal.* Barcelona, 1981, pp. 255 y ss.

[310] Ibíd., pp. 255 y ss.

[311] Vid Supra.

[312] REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La antijuridicidad.* Ed. Temis. p. 292.

[313] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra las personas*. Madrid, 1986, p. 164.

tiva y amparadas por la *lex artis*.[314] En igual sentido se pronuncia Gómez Pavón, para quien

> [e]n los tratamientos o intervenciones con éxito, la cuestión debe resolverse por la atipicidad: no existe daño, la finalidad de la acción es curativa y, sobre todo no se lesiona el ámbito de autodominio si media el consentimiento que, por tanto, actuará como especial elemento negativo del tipo. En las que acaban en fracaso, la única diferencia sería el resultado. Negar la tipicidad supondría, la corrección del tratamiento, según las reglas de la profesión médica y la "Lex artis"; en caso de infracción de las mismas, podríamos encontrarnos ante un delito imprudente, pero si ha existido observancia el resultado desfavorable, deberá considerarse como un caso fortuito. Por supuesto, siempre que se cuente con el consentimiento del enfermo.[315]

La tesis de la atipicidad en Alemania es sostenida igualmente por Roxin, para quien, en los eventos de lesiones consentidas, el consentimiento excluye cualquier posibilidad de lesividad del hecho.[316]

Algunas tesis diferenciarían entre el consentimiento efectivamente otorgado por el paciente, que excluye la tipicidad, y el consentimiento sustituto, que excluiría la antijuridicidad. Esta es la tesis de Bacigalupo, quien sostiene que, en el caso del consentimiento sustituto, al no mediar la efectiva aceptación por parte del titular del bien jurídicamente tutelado, es imposible excluir la tipicidad, por lo que esta categoría (consentimiento sustituto) operaría como una causal de exclusión de la antijuridicidad. La eficacia del consentimiento sustituto como excluyente de la antijuridicidad derivaría de tres criterios, como son, (i) la ponderación de intereses, (ii) la decisión de la voluntad esperable y, (iii) el riesgo permitido. Para determinar la procedencia de esta excluyente de la antijuridicidad será necesario establecer (i) la actuación debe ser realizada en interés del bien jurídico y que (ii) en un juicio objetivo *ex ante* hubiera sido

---

[314] JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Ed.Tecnos. Madrid, 1990. p. 72.

[315] GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Op. cit.

[316] ROXIN, Claus. *Derecho penal*… 1997. Op. cit.

esperable la aceptación del tratamiento por parte del sujeto pasivo, esto es, una probabilidad *ex ante* de consentimiento.[317]

La importancia de determinar el lugar sistemático que dentro de la estructura del delito ocupa el consentimiento informado se relaciona con el tratamiento que recibirá el denominado error en el consentimiento, que se presenta cuando el profesional de la salud considera que está obrando con la anuencia del paciente, cuando ello no es así.

En efecto, si entendemos que el consentimiento del paciente elimina la tipicidad, el error en el consentimiento se tratará como un error de tipo, mientras que si entendemos que excluye la antijuridicidad, estaremos, en el caso del error en el consentimiento, frente a un error de prohibición.

En el caso en que se maneje la teoría estricta de la culpabilidad o la teoría de los elementos negativos del tipo, esta distinción carecerá de sentido, pues en uno y otro caso la solución será la misma, esto es, llegaremos al mismo camino ya sea que entendamos que estamos frente a un error de tipo o frente a un error sobre los presupuestos objetivos de la justificante. En la medida en que el ordenamiento jurídico colombiano asume esta tesis, y la jurisprudencia tanto alemana como española han recogido este criterio, la distinción no tiene mayores efectos.

Sin embargo, y a efectos de plasmar nuestra impresión sobre este fenómeno, entendemos que al ser el consentimiento uno de los presupuestos del acto médico, y en la medida en que forma parte de la *lex artis*, misma que se incorpora a todo el acto médico sin importar si la relación tiene un origen contractual o extracontractual, para el caso del derecho penal, entendemos que el consentimiento informado se integra a la *lex artis* que forma parte del tipo objetivo, por lo que, cuando estamos frente a una actividad médica consentida, la conducta es irrelevante para el derecho penal, en últimas, es atípica.

---

[317] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1990. p. 157. La misma idea del consentimiento presunto como excluyente de la antijuridicidad la señala en la literatura colombiana ESTRADA VÉLEZ. ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal.* p. 244. Según GÓMEZ MÉNDEZ ésta es la solución que al respecto proporciona el Código Penal alemán. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la vida y la integridad personal.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C., 1996, p. 332.

8.4. Consecuencias del tratamiento médico no consentido

Interesante resulta la cuestión sobre las consecuencias de la intervención médica no consentida, siendo necesario diferenciar los eventos en los que a pesar de que no existe consentimiento se obtiene un resultado benéfico para el paciente, de aquellos en los que se obtiene un resultado negativo para el usuario del sistema de salud.

En primer lugar, nos referimos a los eventos en que no se cuenta con el consentimiento del paciente y se produce un resultado que le beneficia.

Un ejemplo clásico de la cuestión lo relata Montealegre Lynett cuando se refiere a un caso juzgado en Italia. Se trata de un caso en el que durante el curso de una cesárea, que correspondía al tercer parto de la mujer, el médico tratante decide realizarle ligadura de trompas a la parturienta para evitar un futuro embarazo de la mujer que pondría en peligro su vida. La mujer, a los nueve meses lo denunció penalmente. El médico es absuelto por el Tribunal de Florencia al considerar que se trataba de un delito imposible, al no haber bien jurídico que resultara lesionado con la conducta del facultativo. Por su parte, la Corte de Apelaciones florentina lo condenó por cuanto al momento de la intervención la mujer estaba en capacidad de procrear, imputándole los delitos de lesiones personales y la impotencia para la procreación provocada.[318]

En criterio de Montealegre, la postura del Tribunal al condenarlo es incorrecta, por cuanto, señala, la actuación de los médicos no puede quedar limitada por la intervención inicial, siendo necesario prevenir los riesgos futuros cuando la ocasión presenta condiciones más favorables para el paciente.[319]

En nuestro criterio, la solución que plantea a este caso Montealegre, a pesar de lo juiciosamente sustentada que se encuentra, no es viable en la actualidad, por cuanto dentro del desarrollo actual de la legislación y jurisprudencia nacional el consentimiento del paciente es un presupuesto de cualquier tipo de procedimiento salvo que se trate de una urgencia, caso en el cual opera el consentimiento sustituto que da vía libre para la intervención que a su vez se encontrará limitado a lo necesario para superar la urgencia.

---

[318] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 274.

[319] Ibíd.

Consideramos que lo correcto en estos casos es superar la urgencia y consultar al paciente sobre una nueva intervención, lo contrario supone una invasión intolerable en la humanidad de la persona, por lo que creemos que en este caso hay unas lesiones personales, sin perjuicio de consideraciones tales como una indemnización por pérdida de oportunidad, asunto al cual ya nos referimos.

Caso diferente es el siguiente: El médico A al realizar una intervención sobre el aparato auditivo de un paciente, emplea fresa ocasionándole una lesión al paciente que supone una merma en el sentido de la audición. En el postoperatorio el paciente informa al médico sobre las dificultades auditivas, el médico se percata de la situación y, sin tomar el consentimiento del paciente, realiza una segunda intervención corrigiendo el aparato auditivo del paciente, con lo que se mejora la situación del bien jurídico.

Este caso es diferente al anterior porque en este segundo supuesto hay una mejoría efectiva para el bien jurídico, misma que no se presentaba en el caso anterior, por lo que debe descartarse la imputación por lesiones personales, quedando vigente la imputación por un eventual delito contra la libertad personal. Lamentablemente, en Colombia la intervención médica no consentida no es punible, como sí sucede en otras legislaciones.

En conclusión, cuando se obre sin el consentimiento informado del paciente, se realizará la imputación por lesiones personales cuando hubiere una merma para el bien jurídicamente tutelado. Por el contrario, cuando hubiere una mejoría para el bien jurídico, la carencia del consentimiento informado, si bien constituye un riesgo desaprobado, el mismo no se realiza en un resultado lesivo para la vida e integridad personal por lo que, si hay alguna figura delictiva procedente, debe determinarse en el ámbito de los delitos contra la libertad personal.

En segundo lugar, en aquellos eventos en los que, obrando sin el consentimiento del paciente, en vez de producirse una mejora para su salud, se le produzca una lesión, la imputación se realizará a través de los delitos contra la vida e integridad personal.

Ejemplo: Tomamos los hechos de la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español, Sección Sex-

ta del 20 de septiembre de 2005. *"Tras sufrir accidente de circulación el día 17/11/1991, la demandante ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital "Severo Ochoa", de Leganés dependiente del Instituto Nacional de la Salud donde permaneció intubada hasta el día 5/12/1991. Causa alta hospitalaria el 12/12/1991. Fue atendida en el Servicio de Urgencias del mismo Hospital los días 19 y 28/12/1991, por padecer dificultad respiratoria, ingresando en esta última ocasión en el Servicio de O.R.L., que diagnostica estenosis traqueal secundaria a pos intubación. Es trasladada al "Hospital 12 de Octubre", también perteneciente al Instituto Nacional de la Salud, el día 13/1/1992, donde tras confirmarse el diagnóstico de estenosis traqueal fibrótica es intervenida quirúrgicamente el 23/1/1992, practicándose resección de la zona traqueal afectada y reposición de la continuidad traqueal mediante anastomosis término-terminal. Pasa a Sala de Reanimación durante algunas horas y, posteriormente, a la planta de cirugía torácica, donde el médico de guardia comprueba que está tetrapléjica, avisándose a los médicos de Reanimación e instaurándose tratamiento. Ante el deterioro respiratorio progresivo ingresa en la U.C.I., donde permanece hasta el día 14/2/1992, en que se traslada al Hospital de Parapléjicos de Toledo. Aquí se aprecia una lesión medular completa de nivel C5-C6. Permaneció ingresada en dicho Hospital hasta el 30/10/1992. En 20/1/1993 se le efectuó revisión de prótesis de Montgómery que se le había colocado el 7/5/1992. El 6/8/1993 fue atendida en el Hospital 12 de Octubre por presentar parestesias e hiperalgesia en miembro inferior izquierdo y cefaleas. El 24/3/1994 ingresó en el mismo el mismo Hospital por padecer infección respiratoria de vías altas, donde permaneció hasta el 29/4/1994".*

En la Sentencia comentada, se aduce que a la paciente no se le informó de la posibilidad de ocurrencia del riesgo que finalmente se concretó en un resultado lamentable para su salud.

En este caso es importante mencionar que hay dos riesgos creados, como son, por una parte, la ausencia de consentimiento informado, ausencia que se desprende de la carencia de información por parte de la paciente, y por otra, la

infracción a la *lex artis*. En este caso, la infracción a la *lex artis* es la que explica el resultado, por lo que a los facultativos les será imputable el delito de lesiones personales. La falta de consentimiento tendrá una repercusión, nuevamente, en los ordenamientos que establezcan el tratamiento médico no consentido como delito autónomo.

Por último, nos referimos al caso expuesto por Mir Puig en el que un médico cirujano, para preservar la vida de un paciente, mediante violencia o engaño extrae el órgano de un paciente para implantarlo en otro que lo requiere para preservar su vida o integridad personal.[320]

> **Ejemplo**: El paciente A requiere de manera urgente el trasplante de un riñón. El médico en consulta se percata que C, dadas sus condiciones físicas, reúne los requisitos para ser donante del riñón. El médico aplica un bebedizo al paciente y extrae el riñón. Posteriormente, lo transplanta a A salvando su vida.

En estos casos, estamos frente a supuestos de intervenciones no consentidas en las que se discute la eventual aplicación del estado de necesidad.

El estado de necesidad justificante requiere que el bien jurídico salvado tenga mayor entidad que el bien jurídico sacrificado, y, en este caso, se trata de bienes jurídicos de diferente entidad, pues mientras el bien jurídicamente salvado es la vida de un paciente, se sacrifica el bien jurídico *integridad personal* del otro paciente. Claramente la vida tiene un valor superior a la integridad personal, por lo que, en principio, podría resultar aplicable el estado de necesidad justificante.

Al respecto, Mir Puig señala que afirmar en estos casos el estado de necesidad es *insostenible*.[321] En su criterio, para mantener la punibilidad de supuestos como este, es preciso entender que la privación dolosa de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un *mal mayor* que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o la muerte. Entiende

[320] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Séptima edición. Ed. B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 464-465.

[321] Ibíd. p. 465.

Mir Puig que, dado el primordial valor de la vida y de la integridad personal en el ordenamiento jurídico, la integridad física del hombre no puede instrumentalizarse por nada, ni siquiera como "*medio de salvar la vida o la integridad física de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión proveniente de la persona lesionada*".[322]

Igualmente, Mir Puig entiende que en este caso tampoco se da el requisito de la ponderación de intereses, pues el bien jurídico salvado –muerte como proceso inevitable– es un mal inferior al que se causa –privación dolosa de la integridad física de una persona que es "fin en sí misma".[323]

Al respecto, entendemos que, si bien el estado de necesidad puede concurrir en el delito imprudente, su campo usual de aparición se da en las figuras dolosas, más si se entiende que el dolo se encuentra a nivel de la tipicidad y no de la antijuridicidad, por lo que el argumento del dolo esgrimido por Mir Puig no debe, en nuestro criterio, atenderse.

En tal sentido, consideramos que, así el caso resulte un poco sugestivo, es acertado reconocer la presencia del estado de necesidad.

8.5. La evolución del consentimiento informado. Pasado presente y tendencias

Al inicio del presente escrito mencionábamos el creciente establecimiento de instituciones que implican un mayor grado de responsabilidad para el profesional de la salud, y el consentimiento informado es una de esas instituciones que ha evolucionado hacia un progresivo establecimiento de obligaciones para este profesional, las cuales, si son desentendidas, generarán responsabilidad en su cabeza.

A continuación nos referimos al consentimiento informado como una institución que ha sufrido esa transformación a la que hemos hecho referencia permanentemente en páginas precedentes.

En un principio, el consentimiento informado no era un requisito para la intervención médica, pues se entendía que, en la medida en que la interven-

[322] Ibíd. p. 465.

[323] Ibíd. p. 465.

ción del profesional de la salud era para mejorar el estado de salud del paciente, se encontraba consentida, era una especie de presunción de consentimiento.

En 1914, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en la Sentencia proferida dentro del caso Schoendorff vs. Society of New York Hospital señaló que *"Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir qué se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello",*[324] entendiendo que el consentimiento informado es un derecho fundamental del paciente para, posteriormente, indicar que éste presupone su autonomía (Nuremberg Court (1946)) y el deber de información (Salgo vs. Leland Stanford Junior University (1957)).

Posteriormente, entre los años 1957[325] y 1972 señaló que la información que se transmite al paciente no debe ser de manera general, sino que deben tenerse en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. En el año 1972, y en el marco del caso Cantebury vs. Spence*,* señaló la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*: "…El derecho del paciente a autodecidir marca los límites del deber de revelar. Dicho derecho solo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente".*

En la actualidad la discusión gravita en torno a dos cuestiones fundamentales. Primero, se discute la cantidad de información que el médico debe suministrar al paciente, y sobre quién radica la carga de la prueba del consentimiento informado.

Sobre lo primero –cantidad de información que debe transmitir el médico al paciente– interesante resulta revisar la evolución jurisprudencial al respecto en los Estados Unidos de América. Encontramos en este punto que la jurisprudencia norteamericana se pronunció en el caso Natanson vs. Kline (1960), sosteniendo que es aquélla que "*un médico responsable debe proveer"* para

---

[324] Se trata de un caso en el que una paciente es operada de un tumor abdominal a pesar de haber solicitado no ser intervenida. En este primer momento de la evolución del consentimiento informado en los Estados Unidos, estos casos son trabajados mediante el concepto de mala práctica médica (*mal practice*).

[325] A partir del año 1957 estos casos pasan de ser tratados a través del concepto de mal práctica médica a ser trabajado mediante el concepto de agresión (*battery*). Se afirma que hay agresión cuando se realiza una intervención sin haber revelado su naturaleza y alcance antes de obtener el consentimiento.

posteriormente señalar, en el caso Canterbury vs. Spence (1972, Cobbs vs. Grant California) que "*es la cantidad de información que un paciente razonable necesita para tomar una decisión*".

La tendencia en el derecho internacional es la de elevar la exigencia hacia el médico en lo que tiene que ver con el deber de información, con lo que la denominación de consentimiento informado se modifica por la de *consentimiento bien informado* haciendo referencia a que solamente podrá hablarse de consentimiento informado cuando el paciente tenga *toda* la información que un paciente *razonable* necesite para tomar una decisión sobre su propia corporalidad.

En cuanto a lo segundo, esto es, la discusión contemporánea sobre la prueba del consentimiento informado, estudiaremos dos países en donde se verifica un cambio en la tendencia de la jurisprudencia, como lo son España y Francia. En Francia, la tendencia generalizada era la de exigirle al paciente la prueba de la inexistencia de consentimiento informado, con excepción de una sentencia del 29 de mayo de 1951 que sostuvo que la carga de la prueba sobre el consentimiento informado recaía en el médico.

En sentencia del 25 de febrero de 1997, la Corte de Casación francesa señaló que la prueba del consentimiento informado radica en cabeza del profesional de la salud. Ello por tres razones, a saber, en primer lugar, por cuanto exigir al paciente la prueba de la inexistencia del consentimiento informado sería llevarlo a la prueba de una negación indefinida, en segundo lugar, por cuanto es el médico quien cuenta con los medios para acreditar la existencia de consentimiento informado y, en tercer lugar, por cuanto debe existir una colaboración armónica entre el médico y el paciente.

En España, por su parte, la evolución es la misma. Así, se pasa de la exigencia de la prueba del consentimiento informado del paciente, como se sostuvo en la sentencia del 12 de julio de 1992, a radicar la prueba del consentimiento informado en cabeza del profesional de la salud, como se sostuvo en proveído del 16 de octubre de 1998.[326]

---

[326] Igual, pueden consultarse las sentencias del 28 de diciembre de 1998, del 19 de abril de 1999 y la del 7 de marzo de 2000, que imputan este deber al Servicio Nacional de la Salud, esto, en España.

9. *Deber de actualización*[327]

Al igual que otras ciencias, la medicina se encuentra en permanente evolución, siendo deber del profesional de la misma mantenerse actualizado y aplicar todos sus conocimientos al diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades.[328]

Podría sostenerse que el ostentar un título legalmente concedido por una institución avalada por el Estado hace presumir la idoneidad del profesional, sin embargo, ello debe descartarse, pues es evidente que el profesional está en la obligación de estar permanentemente actualizando sus conocimientos.[329]

Así pues, creará un riesgo jurídicamente desaprobado el médico que no actualiza sus conocimientos[330] o aquel que, contando con los conocimientos adecuados, por alguna razón se abstiene de aplicarlos a un caso concreto.

Situación particular revisten los denominados *conocimientos especiales*, en los que el profesional de la salud cuenta con una preparación sobresaliente respecto de sus pares médicos. Surge la duda, en estos casos, de si al momento de determinarse la posible creación de riesgos desaprobados debe tomarse el baremo de un médico promedio o, por el contrario, de un médico con los mismos conocimientos de quien realizó el acto médico, en otras palabras, aquel que cuenta con conocimientos especiales. En igual sentido, puede presentarse la problemática –no menos compleja– del caso en el que el profesional de la salud cuente con conocimientos o habilidades inferiores a los de un médico promedio.

Frente a esta situación, encontramos varias alternativas en la doctrina que pasamos a referir a continuación.

Por una parte, encontramos unas posturas que podrían catalogarse como mayoritarias –al decir de Roxin y de Silva Sánchez–[331] conocidas como las tesis

---

[327] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit., 2002, p. 266.

[328] JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 625.

[329] Ibíd. p. 626.

[330] Categórico sobre esto, ROXIN afirma que "quien no sabe algo, debe informarse". Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1010. JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 625.

[331] Las posturas intermedias dominan el panorama alemán en la actualidad, como lo pone de presente SILVA SÁNCHEZ cuando afirma "*en materia de imprudencia la doctrina asume un doble baremo: así, se acoge un punto de vista puramente general para el injusto dejándose el análisis de los poderes individuales del autor para la culpabilidad"*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Introducción". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. Op. cit., 1991, p. 16.

del *doble baremo* también llamadas *del doble peldaño,* en virtud de las cuales el tipo del delito imprudente se entiende realizada con la infracción de un deber objetivo de cuidado, mientras que la cuestión de los conocimientos y habilidades concretas del agente deben valorarse a nivel de la culpabilidad. Señala sobre estas tesis Roxin que *"[P]or tanto, si alguien provoca un accidente mediante infracciones de circulación que no podía evitar a consecuencia de que su capacidad de conducir era muy inferior a la media, ha realizado de modo antijurídico el correspondiente delito imprudente; por su incapacidad individual se excluye sólo la culpabilidad imprudente"*.[332] Al respecto, debe anotarse que, en el evento en que de entrada el sujeto conozca su impericia o su ineptitud para desarrollar la conducta, habrá creado un riesgo desaprobado en virtud de lo que se denomina la "culpa por asunción del riesgo".[333]

Una segunda tesis denominada *concepción individualizadora* sostiene que la realización del tipo objetivo del delito imprudente depende de las capacidades individuales del sujeto. En este sentido, para el caso de quien está sobrecapacitado se señala que a quien sabe más se le debe exigir más, de manera que si no aplica sus conocimientos a una situación en concreto podrá ser imputado a título de imprudencia el resultado que cause en desarrollo de su actuación, pese a que esa misma conducta podría ser considerada como adecuada frente a quien no dispone de esos conocimientos especiales. En igual dirección, para quien posee menos capacidades, se propone una figura de baremo diferenciada, de manera que cuando ocasione un resultado lesivo no creará riesgo desaprobado, consideración opuesta a la que se haría frente a un ciudadano promedio que hubiere desarrollado la misma conducta en las mismas condiciones, a quien sí se le imputaría la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.[334]

En criterio de Roxin, las consecuencias de asumir una u otra tesis, no varían demasiado entre la una y la otra, pues ambas coinciden en afirmar que, para el caso de quien se encuentra en condiciones inferiores a la media, la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento, con indepen-

---

332 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, p. 1013.

333 Ibíd. p. 1014.

334 Ibíd., p. 1010.

dencia de si ello excluye el tipo –como sería el caso de la concepción individualizadora– o la culpabilidad –como sería el caso de la tesis del doble peldaño–.[335]

Por el contrario, en el caso de los conocimientos superiores a la media encontramos una distancia entre las dos tesis, como lo es el que, mientras la tesis individualizadora crearía un baremo específico que se compadezca con la situación de quien posee esas destrezas por encima de la media, las tesis del doble peldaño, al partir de una misma exigencia para todos los sujetos, entenderían que a nadie se le puede exigir más de lo que se le exige a la media.

Contrario a lo que sostiene Roxin, consideramos que ciertamente existen diferencias importantes según se asuma cada una de las tesis. En efecto, si asumimos que la carencia de conocimientos excluye la tipicidad estamos por esa vía excluyendo también la responsabilidad civil derivada del delito que supone la comisión de un injusto, mientras que, si asumimos una tesis individualizadora, verificada la comisión del injusto, es procedente afirmar la concurrencia de la responsabilidad civil en el caso en concreto. A esto debe sumarse la diferencia en el tratamiento de los conocimientos superiores a la medida, criterio que queda fácilmente resuelto en el caso de las tesis individualizadoras pero difícilmente comprensible en las tesis del doble peldaño que, como anota Roxin, deben igualmente recurrir a un peldaño especial para quien cuenta con conocimientos especiales.[336]

Roxin crea una postura intermedia que combina elementos de las dos tesis para resolver la cuestión. Señala Roxin –adaptándose a las tesis del doble peldaño– que (i) las capacidades inferiores no pueden excluir el injusto mientras que (ii) las capacidades superiores deben emplearse –tomando elementos de la tesis individualizadora–.[337]

Para sustentar su tesis, afirma Roxin, en cuanto al punto (i), que su tesis se desprende de dos elementos, por una parte, la misma sistemática que adopta para el delito, pues la capacidad de obrar conforme a la norma forma parte de la culpabilidad, mientras que la creación del riesgo y el ámbito de protección de la norma forman parte del tipo objetivo, siendo independientes estos dos cri-

---

[335] Ibíd., 1014.

[336] Ibíd., 1014.

[337] Ibíd., p. 1010.

terios de las valoraciones que tenga el sujeto en concreto. Entiende que en el momento en que se tengan en cuenta las particulares situaciones del sujeto a nivel del tipo objetivo, se desdibuja la separación entre injusto y culpabilidad.[338] Por otra parte, entiende que de admitir las tesis individualizadoras sería –por lo menos difícil– fundamentar la antijuridicidad del comportamiento de quien posee capacidades inferiores a pesar de lo cual realiza actividades riesgosas, por lo que, entiende, aún esta concepción necesita de un baremo general para establecer la antijuridicidad del comportamiento.[339]

Ante la evidencia de la necesidad de establecer un baremo objetivo para determinar la imprudencia, quienes sostienen las tesis individualizadoras afirman que en los casos de capacidades inferiores a la media, al poder fundamentar una exclusión de la antijuridicidad que se presenta, por los casos de asunción consciente del riesgo, señalan la exclusión del tipo o del "*injusto merecedor de pena*".[340]

En cuanto al punto (ii) de la tesis de Roxin, señala este autor que en lo que sí aciertan las tesis individualizadoras es en la necesidad de dotar de relevancia las capacidades especiales, de manera que no puede exigírsele lo mismo a un conductor promedio que a un experimentado conductor de rallyes o a un médico promedio no podrá exigírsele lo mismo que a un especialista. Las razones que aduce para ello son las siguientes:[341]

- En primer lugar, sostiene que, de no establecerse un criterio diferenciador en materia de responsabilidad para quienes tienen conocimientos o habilidades especiales, no se evitarían lesiones evitables para bienes jurídicos.
- Señala que un conocimiento especial puede fundamentar una imprudencia.
- Aún los defensores del baremo general crean categorías especiales mediante la construcción de "sectores del tráfico".[342]

[338] Ibíd., p. 1015.

[339] Ibíd., p. 1016.

[340] Ibíd., p. 1010.

[341] Ibíd., p. 1010.

[342] Ibíd., p. 1018.

Schünemann, por su parte, plantea que el baremo general y objetivo debe construirse a partir de las calidades de aquellos que cuentan con conocimientos especiales. De manera que las destrezas, habilidades y conocimientos de los más capacitados determinen el rasero a través del cual se juzgará el actuar de todos los demás profesionales. Como acertadamente señala Roxin, ello supone ampliar demasiado las exigencias que normalmente se imponen a los profesionales normales, por lo que, consideramos, esta tesis es inadmisible.[343]

Frente a toda esta situación que hemos descrito, Roxin suscribe –propuesta a lo que nos adherimos– un sistema dual, en el que se realiza, como él mismo lo denomina, una "*individualización hacia arriba",* de manera que se mantiene, para el caso de los conocimientos o capacidades inferiores a la media un baremo general encontrando las consideraciones especiales del sujeto, un lugar en el análisis de culpabilidad, mientras que, para el caso de las habilidades o destrezas superiores a la media, se manifiesta de acuerdo con un baremo individual, de modo que se construirá el baremo teniendo en cuenta las destrezas y habilidades que en concreto aparecen presentes en el sujeto.

Roxin señala, así mismo, que al especialmente hábil lo que debe exigírsele al especialmente capacitado es un rendimiento superior al que tendría el promedio de los profesionales y no un esfuerzo adicional.[344]

Al respecto, consideramos que el médico que cuenta con conocimientos especiales está en la obligación de aplicarlos al servicio del paciente, por lo que el parámetro para juzgar la eventual violación al riesgo permitido debe ser el de otro profesional que cuente con los mismos conocimientos que aquel que se juzga, no pudiendo compararlo con un médico promedio pues claramente ambos no se encuentran en la misma situación.

Por el contrario, cuando se trata de juzgar una actuación de quien, en la situación concreta, actuó por circunstancias ajenas a su voluntad o a otra situación propia de su ámbito de control, por debajo del baremo objetivo, ello debe analizarse a nivel de la culpabilidad, la cual, como ya tuvimos ocasión de referirlo anteriormente, se sitúa como presupuesto del tipo en el esquema que proponemos. Así, por ejemplo, puede resolverse el caso del médico que en

---

[343] Ibíd., p. 1018.

[344] Ibíd., p. 1018.

la situación concreta, y por su avanzada edad, no puede resolver una urgencia a pesar de estar capacitado para ello de la mejor manera, señalándose sí, la creación de un riesgo pero no culpable en la medida en que no podía cumplir aquello que de él se esperaba.

Pero no solamente deben atenderse cuestiones personales para determinar la posibilidad del cumplimiento de lo que la norma establece, siendo necesario igualmente determinar la exigibilidad temporal, es decir, debe igualmente exculparse a quien, por ejemplo, ante una situación de extrema urgencia, no consulta la literatura científica para atender a un paciente que fallece por un procedimiento inadecuado.

3.2. Tratamiento[345]

Superada la etapa del diagnóstico continúa el acto médico con la fase del tratamiento en la cual se realiza la intervención directa en la corporalidad del paciente por parte del profesional de la salud.[346] En esta fase igualmente surgen unos deberes para el médico que, en el evento de ser inobservados, suponen la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y, en el caso de concretarse en resultados lesivos para el paciente, dan lugar a la imputación objetiva de estos últimos. A continuación nos referimos a los deberes del médico durante la fase del tratamiento.

1. *Deber de mantenerse dentro del riesgo permitido y deber de mantenerse dentro de la lex artis*[347]

Realizado el diagnóstico, el médico ha determinado la situación del paciente, los riesgos que se pueden producir así como su capacidad para hacerse cargo de la situación y está en la obligación de llevar el procedimiento de conformidad con lo previsto por las fuentes del riesgo permitido, es decir, las leyes,

---

[345] STS 11-4-2000.

[346] Definido por el TS como "*aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable*", TS, Sentencia del 6-2-1993. Igual puede verse la Sentencia del TS del 30-4-1997.

[347] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 290.

y lo que establezca la *lex artis,*[348] en concreto, las leyes, las guías y los protocolos de manejo, y ante la ausencia de tales regulaciones, deberá acudir a la literatura científica.[349]

Esta obligación para el facultativo de la salud se traduce en la prohibición de aplicar en el paciente métodos terapéuticos experimentales, a los cuales solamente se debe acudir en el caso en que no exista normatividad al respecto, o regulaciones a nivel de guías o protocolos de manejo y, en todo caso, deberá contar con el consentimiento informado del paciente como presupuesto para intentar una experimentación terapéutica. Por supuesto que estas medidas terapéuticas experimentales deben tener como presupuesto el beneficio para el paciente, en la medida en que la sola experimentación, carente de finalidad curativa, es ya un riesgo desaprobado que, en el evento en que se concrete en la lesión de un bien jurídico, permite la imputación del resultado al profesional de la salud.

Ya en un acápite anterior señalamos que la experimentación consentida no excluye la creación de un riesgo desaprobado, sino que debe atenderse a nivel de la antijuridicidad la justificación de este tipo de situaciones.

En el evento en que se ha iniciado la intervención de conformidad con el riesgo permitido, y el médico se salga del mismo, estará incrementando el riesgo para el paciente y podrán imputársele objetivamente aquellos resultados lesivos que de ello se desprendan para el paciente.

2. *Deber de evitar acciones peligrosas*[350]

Se desprende de lo anterior que el médico se encuentra en la obligación de evitar todas aquellas situaciones que en el curso del procedimiento médico supongan un riesgo excepcional para el paciente, pudiéndole ser imputados objetivamente aquellos resultados lesivos para la integridad del paciente.[351]

---

[348] Sobre la *lex artis*, pueden confrontarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: 29-3 1998, 18-11-1991-, 3-10-1997, 18-11-1991, 14-2-1991, 3-10-1997.

[349] Sobre la literatura científica como guía del profesional de la salud, ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1010.

[350] JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 624.

[351] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 291.

Ejemplo: Sentencia del CA Aix-en-Provence del 13 de febrero de 2001. En este caso, el médico opera un órgano distinto a aquel objeto de operación y que era necesario tocar en desarrollo de la intervención quirúrgica. En este caso, la paciente presentó una herida en el intestino delgado como consecuencia de una histerectomía.

La CA de París (Sentencia del 19 de febrero de 1999) juzgó un caso en el que durante una cesárea el médico utilizó de manera inadecuada el bisturí para la apertura del útero, causando una lesión en el rostro del niño.

Esto por supuesto no supone que deba necesariamente responder, pues es posible suponer eventos en la práctica en los que el procedimiento se desarrolla de una manera normal y, de manera imprevisible, sobrevienen circunstancias que obligan al profesional a realizar actuaciones peligrosas, caso en el cual, si bien podría hablarse de la creación de un riesgo desaprobado, las mismas estarían justificadas usualmente por la vía del estado de necesidad.

3. *Realizar acciones de salvamento*

En el evento en que sobrevenga una situación que ponga en riesgo la vida de la persona en la que se está realizando la intervención, el profesional de la salud está en la obligación de adoptar las medidas para salvar la vida del paciente, siendo necesario en cada caso determinar la competencia para la realización de las mismas, pues éstas pueden estar, en algunos eventos, en cabeza del anestesiólogo.

En el caso en que el profesional de la salud, en desarrollo de acciones de salvamento, asuma tratamientos o intervenciones para las que no está capacitado –culpa por asunción del riesgo– claramente está creando un riesgo desaprobado y, si este riesgo se concreta en la lesión del bien jurídicamente tutelado, es procedente la imputación del resultado, siendo posible la justificación del mismo por la vía del estado de necesidad.

En contra, Montealegre Lynett entiende que en este supuesto no se está creando un riesgo desaprobado[352] y descarta la aplicación del estado de necesidad. En criterio de Montealegre Lynett, en estos casos de acciones peligrosas de

[352] Ibíd., p. 295.

salvamento no puede aplicarse la figura del estado de necesidad ante la inexistencia de colisión de derechos, presupuesto de esta causal ya sea de justificación o de inculpabilidad.[353]

En nuestro criterio, en este caso sí hay una colisión de derechos que permite la aplicación del estado de necesidad, como son, por una parte, la autonomía del paciente, y, por otra, su propia existencia. Esta colisión, como es lógico, debe resolverse a favor de la vida del paciente permitiendo la aplicación del estado de necesidad, en este caso, justificante.

En efecto, si no estuviésemos ante una situación de urgencia que posibilita la aplicación de acciones peligrosas de salvamento, es claro que debe obtenerse el consentimiento del paciente, situación que se relaciona con su autonomía. Sin embargo, el ordenamiento permite la realización de maniobras peligrosas no consentidas por el paciente en la medida en que se está preservando la integridad de este último, un típico caso de estado de necesidad justificante.

3.3. Post–tratamiento[354]

Superada la fase del tratamiento, sobreviene el tercer y último momento del acto médico, conocido como el post tratamiento, en el que el médico ya ha intervenido sobre la humanidad del paciente, y la obligación que le asiste es de permanente asistencia y seguimiento a la evolución de la salud del usuario.[355]

Creará un riesgo jurídicamente desaprobado el profesional de la salud que descuide a su paciente, pudiendo surgir una responsabilidad sobre el mismo v.gr. a título de omisión, pero será necesario evaluar caso por caso sin que se pueda establecer una regla general al respecto.[356]

---

[353] Ibíd., p. 298.

[354] YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 45.

[355] Sobre las obligaciones del médico en el tratamiento, pueden confrontarse las siguientes sentencias del TS: 16-6-1999, 30-4-1997, 12-7-1995, 27-12-1994, 22-1-1998, 9-12-1998, 26-2-1998, 8-5-1997, 10-11-1994, 3-11-1992.

[356] Sobre las obligaciones del profesional de la salud en el postoperatorio, YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 46.

4. El principio de confianza en la actividad médica

4.1. Introducción

Los impresionantes avances[357] de la ciencia médica en los últimos tiempos, así como los descubrimientos en este campo, han generado una especialización de los profesionales de la salud, lo cual, a su vez ha conllevado el que, hoy en día, en estas áreas, el trabajo en equipo sea necesario e imprescindible con miras al cumplimiento de los fines de la ciencia médica, como son el diagnóstico, la prevención, la curación y el tratamiento de las enfermedades.[358/359]

Así pues que, por ejemplo, en materia de cirugía, ya no basta con el médico cirujano, sino que se requiere además el concurso y la presencia efectiva de otros profesionales de la salud, como el anestesiólogo, el enfermero, el instrumentador quirúrgico, etc.

La posibilidad de ocasionar, en desarrollo de actos quirúrgicos, resultados sancionados por el Derecho Penal (típicos) es algo que puede acontecer y que será resuelto con la aplicación de las categorías dogmáticas del delito, pero resulta especialmente interesante determinar el tratamiento que a estos sucesos deba impartírsele cuando el acto médico lesivo es realizado por varios profesionales de la salud.

Frente a esta situación es claro, hoy en día, que tanto la doctrina como la legislación en la mayoría de los países con desarrollos apegados a la definición dogmática del delito, así como las diferentes escuelas del derecho penal, parten de negar la existencia de la coautoría en los delitos culposos[360] –salvedad hecha de lo ya mencionado sobre la jurisprudencia colombiana–, por lo que, frente a la causación de un resultado típico como consecuencia de un acto

---

[357] Sobre el progreso científico y técnico como presupuesto del riesgo permitido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2007. p. 51. JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 175.

[358] En igual sentido, GÓMEZ RIVERO quien afirma que la intervención de diferentes facultativos en el acto médico es una *práctica habitual.* GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 394.

[359] Sobre la aplicación de este principio a la actividad médica, ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 1005. ROXIN cita como partidarios de la aplicación del principio de confianza en el ámbito médico a STRATENWERTH, SCHMIDT, KAMPS y PETER.

[360] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 300.

médico realizado en equipo, debe determinarse con claridad a quién debe ser imputado (a nivel del tipo objetivo) el mismo.

Como puede verse, se trata de un problema relacionado con la atribución al agente del resultado típico, asunto que debe resolverse, de acuerdo con la orientación actual del derecho penal, mediante la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.[361]

Como ya tuvimos la ocasión de señalarlo anteriormente, la teoría de la imputación objetiva[362] señala que, para que un resultado pueda ser imputado a un sujeto,[363] éste debió haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo creado debió realizarse en el resultado típico.[364] Dentro de la teoría[365] de la imputación objetiva,[366] se señala que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado[367] quien obra confiando en que otros cumplirán con su rol dentro de un resultado causado como consecuencia de la actividad conjunta de varias personas.[368] A esta figura, se le conoce como el principio de confianza y, gracias a ella, podemos resolver casos que, no por presentarse bastante en la práctica,[369] dejan de ser problemáticos.

En el presente capítulo nos referiremos al principio de confianza en la actividad médica. Así, en un primer momento, nos referiremos de manera genérica a este principio, determinando su concepto, contenido y presupuestos de

---

[361] Sobre la confusión reinante en torno al concepto de la imputación objetiva, FRISCH. Wolfgang. Op. cit., 2000, p. 21.

[362] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002. Sobre la imputación objetiva en el delito culposo. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2002, pp. 280 y ss.

[363] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 281 y ss.

[364] ROXIN, Claus. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 362. Señala ROXIN: "Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto". ROXIN, Claus. "Reflexiones sobre la problemática…" Op. cit., 1991, p. 128 y ss. Igual, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 307.

[365] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit., 1999, p. 161.

[366] FRISCH. Wolfgang. Op. cit., 2000, p. 26.

[367] En criterio de JAKOBS el principio de confianza no solamente tiene que ver con el riesgo permitido, sino que también se relaciona con la prohibición de regreso. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 253.

[368] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, pp. 279 y ss. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 298. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 14 de septiembre de 1995.

[369] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 301.

aplicación. Posteriormente, nos ocuparemos de algunos casos concretos que resultan problemáticos para la aplicación del principio de confianza, como lo son, el abandono de compresas en la humanidad del paciente, el empleo de capacidades ajenas y el empleo de instrumentación.

4.2. Generalidades

Uno de los grandes aportes a la ciencia penal, –tanto en la teoría como en la práctica– de la teoría de la imputación objetiva[370] es el denominado principio de confianza.[371/372] En términos sencillos, el principio de confianza supone que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado[373] quien, realizando una actividad de manera conjunta,[374] y no ostentando la posición de garante respecto del bien jurídico,[375] confía en que los demás llevarán a cabo su tarea de conformidad con el rol de cada uno.[376]

Como lo mencionamos en otro lugar,[377] modernamente se entiende que el punto de partida de la responsabilidad penal es la existencia de roles, en virtud de

---

[370] Sobre la teoría de la imputación objetiva, cfr. JESCHECK Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. Op. cit., 2002, p. 307.

[371] PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., 1997, p. 58. BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, p. 191.

[372] JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: *Estudios de derecho Penal.* Op. cit., 1997, p. 176. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, pp. 279 y ss.

[373] Sobre el riesgo desaprobado como excluyente del injusto, paradigmática resulta en el habla hispana la obra de GIMBERNAT. GIMBERNAT ORDEIG. Op. cit., 2007. pp. 50 y ss.

[374] ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 532. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 14 de septiembre de 1995.

[375] JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: *Estudios de derecho penal*… Op. cit., 1997, p. 177.

[376] Sobre el principio de confianza, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 141 y ss. BACIGALUPO, Enrique, Op. cit., 1997, p. 191. WELZEL, Hans. Op. cit., 1970, p. 189. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 253. Sobre el principio de confianza, puede consultarse la Sentencia del Audiencia Provincial Granada N° 17/2002 (Sección 2ª), del 10 enero de 2002. Así mismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sostuvo sobre este principio lo siguiente. *"…la división del trabajo descrito genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable."*

[377] BERNATE OCHOA, Francisco. *La legitimidad del derecho penal.* Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 2006.

los cuales todas las personas cumplen una función al interior de la sociedad,[378] y el presupuesto de la imputación objetiva es precisamente el incumplimiento de esos deberes,[379] de esos roles.[380] Así es que, en la actualidad, se entiende que el derecho penal protege *expectativas* derivadas de la condición de persona de quien vive en una sociedad,[381] por lo que se entiende que ella –la persona– cumple un rol en aquélla –la sociedad–,[382] y, por ende, no podrá imputarse un delito a quien ha obrado en cumplimiento de aquello que de él se espera.[383]

En efecto, diariamente todos realizamos de manera indistinta diferentes roles, así somos ciudadanos, estudiantes, profesores, peatones, conductores, padres, hijos, etc. De la existencia de roles se desprende así mismo la posibilidad de que podamos confiar en que todos los participantes del tráfico social respetarán aquello que de ellos se espera. Esa posibilidad de confiar en que todos los intervinientes en el tráfico social cumplirán con aquello que de ellos se espera, se denomina el principio de confianza.

El principio de confianza encuentra ámbitos de aplicación en diferentes escenarios,[384] tales como la administración pública, el manejo de empresas privadas,[385] el tráfico automotor,[386] pero, a no dudarlo, uno de los escenarios

---

[378] JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003, p. 18.

[379] Sobre los deberes. JAKOBS, Günther. "La omisión: Estado de la cuestión". En: FRISCH, Wolfgang y otros. Op. cit., 2000, p. 132.

[380] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 145.

[381] JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización*... Op.cit., 2003, p. 49.

[382] JAKOBS, Günther. *La omisión:* "Estado de la cuestión". En: FRISCH, Wolfgang y otros. Op. cit., 2000, p. 133.

[383] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*... Op. cit., 1997, p. 225.

[384] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 301.

[385] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 396.

[386] Fue en el ámbito del tráfico automotor donde surgió este principio por obra de GÜLDE. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 396. Igual sobre el origen del principio de confianza en el ámbito del tránsito automotor, cfr. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 436. Sobre el punto, JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: Estudios de derecho penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 173. Sobre el principio de confianza en el tráfico automotor, Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. *Derecho Penal*... Op. cit., 1997, p. 1004.

donde encuentra mayores posibilidades de aplicación es precisamente en el campo médico.[387/388]

Como ya lo mencionamos, el principio de confianza[389] parte de la existencia de una actividad en la que participan varios miembros, cada uno de los cuales tiene un rol[390] y unas funciones específicas, de manera tal que, en el caso de producirse un resultado lesivo para el bien jurídico, el mismo deberá imputarse al encargado de la evitación del resultado de acuerdo con la distribución de tareas,[391] siendo improcedente[392] la imputación del resultado a los demás miembros del equipo en tanto que han obrado amparados por la confianza en el cumplimiento del rol de todos los miembros y, por ende, no han creado riesgos jurídicamente desaprobados.[393]

Para que proceda el principio de confianza, en términos muy sencillos diremos que se requiere la realización de un trabajo en equipo, al interior del cual las funciones están delimitadas,[394] de manera que existe claridad sobre lo que le compete a cada uno de los miembros de dicho equipo.[395]

Se niega la procedencia del principio de confianza[396] en aquellos eventos en los que sea claro que el responsable de la evitación del resultado no cumpli-

---

[387] JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: *Estudios de derecho penal*. Op. cit., 1997, p. 176.

[388] BGH NJW 1980, 649 (650).

[389] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002.

[390] JAKOBS, Günther. "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos". En: *Estudios de derecho penal*. Op. cit., 1997, p. 129.

[391] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 303.

[392] JAKOBS Günther. "El delito imprudente". En: *Estudios de derecho penal*. Op. cit., 1997, p. 177. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal.* Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima, 2002, p. 307.

[393] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 145. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General.* Op. cit., 1997, p. 253. "El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar…en su comportamiento correcto". Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 12 de mayo de 2000 se absuelve a un cirujano por no detectar una imprudencia burda del anestesiólogo quien cerró el suministro de oxígeno y de protóxido de nitrógeno hasta el momento aplicados en mezcla del 50% abriendo a continuación el grifo correspondiente a este segundo gas.

[394] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 402.

[395] *"Conforme a este enunciado, cada participante en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del reto de intervinientes será correcta…"* GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 395.

[396] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 147. Igual, GÓMEZ RIVERO, quien sostiene que

rá su deber,[397/398] en los eventos en que el peligro ya haya surgido[399] y cuando quien pretende invocarlo ostenta la posición de garantía respecto del bien jurídico.[400] Así mismo es improcedente invocar el principio de confianza cuando quien pretende invocarlo obra, él mismo, incorrectamente.[401]

> **Ejemplo**: El médico A delega en la enfermera jefe B la realización de una curación en un paciente determinado. La enfermera B se encuentra en estado de embriaguez,[402] y durante la curación no utiliza solución salina sino, por el contrario, yodo, medicamento al cual el paciente es alérgico, de lo cual ha informado al personal médico con anterioridad, generándose una reacción alérgica grave en el paciente. En este caso no procede-

---

"de tal modo que sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar en la conformidad a cuidado de la actuación de los terceros podrá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes" GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 395.

[397] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 436. En materia de tránsito, indica STRATENWERTH que el principio de confianza es inaplicable frente a infracciones de ocurrencia frecuente al punto que haya que contar con ellas.

[398] Como puede apreciarse, se asume un criterio limitado del principio de confianza, en oposición a las tesis que asumen un concepto absoluto y que por ende no lo limita en ningún caso. Sobre el punto, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 411. ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Op. cit., 2000, p. 533. Al respecto, la jurisprudencia española ha considerado reiteradamente responsable de los errores directamente imputables al anestesiólogo, al cirujano que confió indebidamente en la actuación de aquél. Así en concreto en supuestos en los que el cirujano presenció cómo el anestesiólogo abandonaba el quirófano (STS de 11 de octubre de 1979 [RJ 1979, 3577] o de 4 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6021]). FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 312.

[399] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 436.

[400] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1006.

[401] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 437. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la Sentencia del 4 de septiembre de 1991 emanada del Tribunal Supremo español. Los hechos son los siguientes: el anestesiólogo suministra al paciente anestesia general con intubación orotraqueal y respiración asistida, abandonando el recinto para atender a otro paciente sin haber conectado el aparato del control electrocardiográfico. El paciente sufre una falta de aireación que le produjo hipoxia lo cual es advertido de manera tardía por el neurocirujano al observar el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica. El médico llama al anestesiólogo quien encuentra al enfermo en de parada cardíaca siendo inútiles los intentos para reanimarle. En este caso, el cirujano fue condenado por imprudencia en el entendido de que debió ordenar la conexión del monitor y en todo caso no debió permitir la ausencia del anestesiólogo.

[402] No solo se presentaría en el caso de la embriaguez, sino también en casos de cansancio o fatiga y en casos de desconfianza derivada del conocimiento que se tiene de los demás participantes en el acto médico, cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 411.

ría el principio de confianza ya que la responsable de evitar el resultado se encontraba ebria.

4.3. En concreto, medicina y principio de confianza

Lo primero que se debe mencionar es que la realización de tareas de contenido médico-quirúrgico entre varias personas es la regla general en materia médica,[403] por cuanto se trata de una ciencia en la que existen diferentes especialidades. Viceversa, en la actualidad, la excepción sería el supuesto en el que todo el acto médico es realizado por un solo profesional.[404]

Se habla entonces del equipo médico para hacer referencia al conjunto de profesionales de la salud que intervienen en el acto médico.[405] En el interior del equipo médico,[406] algunos de sus miembros desarrollarán un rol trascendental e independiente, como sucedería en los casos del cirujano y el anestesiólogo, cuya labor es necesaria para la realización del acto médico (por ello se dice que es trascendental) y no depende de ningún otro profesional (por lo que se dice que es independiente). Así mismo, existen quienes desempeñan un papel secundario (No son imprescindibles) y dependiente (Se encuentran subordinados a los demás profesionales) como sucedería con los auxiliares, las enfermeras[407] y el instrumentador quirúrgico.[408]

Diríamos que entre los primeros, es decir, quienes tienen un rol trascendental e independiente, opera la figura del principio de confianza,[409] por lo que cada uno puede confiar en que el otro cumplirá con su rol y que se trata de re-

---

403 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 151. YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 65.

404 En igual sentido. YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 65. Señala este autor "*La actuación individual del médico es frecuente en algunos tratamientos, pero lo más corriente en lo que al acto quirúrgico respecta, es la intervención de un grupo de sujetos que se denomina equipo médico*". Sobre la procedencia del principio de confianza en materia médica, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 149 y 151.

405 Sobre el equipo médico, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., 2002, pp. 65 y ss. YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 65.

406 YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 66.

407 Así, la Corte de Casación francesa sostuvo la subordinación de la enfermera frente al cirujano en la Sentencia del 15 de noviembre de 1955.

408 Sobre la división de trabajo en el equipo médico, y la división entre las relaciones verticales y las relaciones horizontales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 395.

409 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 301.

laciones horizontales, es decir, aquel tipo de relación "*que tiene lugar entre profesionales que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas*".[410/411] En el evento en que ello no suceda, no podrá imputarse el resultado a quien ha confiado en el cumplimiento del rol.[412]

> **Ejemplo**: El médico puede confiar en que el anestesiólogo preparará y aplicará adecuadamente el compuesto anestésico y que realizará las maniobras de reanimación adecuadas cuando fuere necesario, en tanto que éstas son sus funciones. De manera que, cuando el paciente fallece debido a una deficiencia en la administración de la anestesia, ya sea en la preparación del compuesto anestésico o en su aplicación, no podrá imputarse el resultado lesivo al cirujano.[413]

De otra parte, en lo que tiene que ver con las relaciones entre quienes tienen un rol trascendental e independiente y quienes ostentan uno secundario y dependiente –relaciones verticales-,[414] operará igualmente el principio de confianza,[415] lo que se traduce en que el superior puede confiar en que el inferior se comportará correctamente y el inferior puede confiar en las órdenes del superior.

> **Ejemplo**: Cuando el médico solicita a la enfermera aplicar un medicamento específico, el facultativo puede confiar en que aplicará la sustancia que fue indicada y en la cantidad prescrita. A su vez, la enfermera puede confiar en que la orden dada por el médico se ajusta a la *lex artis*.[416]

---

[410] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 395.

[411] TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo en la actividad médica.* Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2003, p. 202.

[412] Sobre el punto, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 155.

[413] Cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 413.

[414] TERRAGNI, Marco Antonio. Op. cit., 2003, p. 204.

[415] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 429.

[416] Un interesante caso en este sentido lo trae la sentencia del 16 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal. Se trata de un paciente que ingresa para ser intervenido quirúrgicamente porque padece de una orquiepididimitis. Tras la operación, el paciente se encuentra en cama y transmite a los médicos una serie de molestias que lo afectan. Por ello, el médico A formula una serie de medicamentos. Este médico, por ser quien ha tenido mayor contacto con el paciente, conoce

A efectos de estimar la procedencia del principio de confianza en relaciones verticales, se considera necesaria la correcta preparación e instrucción por parte del superior a sus auxiliares.[417]

Sin embargo, esto no aplica cuando el inferior se encuentre bajo la vigilancia del superior, como sucede *v. gr.* entre el estudiante y el profesor que se encuentran realizando una actividad médica, caso en el cual el profesor tiene el deber de vigilancia,[418] o como se le denomina, el principio de defensa, que torna inaplicable el principio de confianza.[419]

Como lo mencionamos anteriormente, este principio tampoco será procedente cuando es evidente el incumplimiento del rol por parte del destinatario del principio de confianza. Así, por esta vía no opera el mencionado principio cuando v. gr. se trate de invocar frente a la actuación del estudiante por parte del profesor de medicina, o cuando el instrumentador quirúrgico se encuentre en estado de embriaguez.[420]

A continuación, nos referiremos a algunos supuestos problemáticos frente al principio de confianza.

---

que éste es alérgico a la estreptomicina. Posteriormente, el médico B, quien no tenía relación anterior con el paciente y no había sido informado por el médico A sobre la alergia del paciente, ordena a la enfermera que aplique al enfermo un medicamento que contiene penicilina y estreptomicina, este último, antibiótico al que el paciente es alérgico. El paciente hace una reacción alérgica al medicamento que finalmente le produce la muerte. Aplicando las tesis que estamos analizando, diríamos que la enfermera no responde por cuanto ella puede confiar en las órdenes que le imparte el médico.

[417] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 430.

[418] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 301. Sobre la relación docente residente en punto de la cirugía, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, del 17 de febrero de 1999.

[419] Sobre el caso del estudiante, interesante resulta la situación del médico residente, quienes a pesar de haber completado su formación teórica, no cuentan aún con experiencia práctica. Respecto de ellos, tampoco podría invocarse el principio de confianza. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 404. Sobre la improcedencia del principio de confianza, ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Op. cit., 2000, p. 533.

[420] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 301.

4.4. La aplicación del principio de confianza en algunos casos problemáticos en la actividad médica

A continuación examinaremos algunos supuestos problemáticos para la aplicación del principio de confianza en la actividad médica, para determinar las particularidades del mismo, caso por caso.

4.4.1. Principio de confianza y abandono de compresas o material quirúrgico en la humanidad del paciente

El primer supuesto problemático en este escenario es el abandono de compresas en el abdomen del paciente.[421] Tomemos un caso de la jurisprudencia colombiana[422] que destaca lo delicado de esta situación:

Por estar padeciendo fuertes y frecuentes cólicos, entre abril y mayo de 1992, una paciente quien, previo examen, se dictaminó que debía ser sometida a una colecistectomía, la cual se le practicó. Posteriormente, se le dio de alta, debiendo ser hospitalizada nuevamente a los pocos días por sufrir fuertes dolores en el vientre. Realizadas las revisiones del caso, se autorizó su salida. La paciente siguió experimentando dolor "*...en la región de la operación",* por lo que acudió a otras instituciones para tomarse radiografías y exámenes, que no revelaron nada anormal. Meses después, su deteriorado estado de salud se complicó porque no podía ingerir alimentos, y debido a ello fue llevada otra vez a la institución donde había sido operada, donde la atendió su gerente, quien estimó que debía ser intervenida quirúrgicamente nuevamente.

---

[421] Sobre abandono de material quirúrgico, resulta interesante consultar la sentencia de la Corte de Casación italiana del 18 de junio de 1975, No. 2439, en la que se produce un grave déficit motriz del miembro inferior derecho causado por una punta de aguja quirúrgica dejada en el interior del cuerpo durante una intervención realizada para la extracción de una hernia discal. Igual en la sentencia de la Corte de Casación Penal italiana Sex. IV. 30 de octubre de 1984, N° 9525. En este caso se abandonó una gasa en el abdomen de una paciente durante la realización de una cesárea. Igual puede consultarse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Douai del 31 de enero de 2002 en la que un médico olvidó un trozo de fibra textil dentro del cuerpo del paciente. Sobre abandono de compresas en el abdomen del paciente, sentencia de la Corte de Casación Civil italiana del 6 de febrero de 1982. Es un caso en el que se abandona una gasa operatoria de gran tamaño (34 x 28 cm) en la cavidad abdominal la cual ocasiona apendicitis y posterior muerte del paciente.

[422] Los hechos fueron tomados de la paradigmática Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Expediente No. 14415. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Su esposo decidió hacerla auscultar por otro médico gastroenterólogo de otro hospital quien, luego de analizar los exámenes y radiografías, concluyó que debía ser intervenida de inmediato, *"...por un obstáculo que se presentaba adelante del píloro, que no permitía el paso del tubo para la endoscopia".*

Practicada la cirugía se le extrajo *"...una compresa encapsulada por fibrosis desarrollada en la zona donde se le había practicado la colecistectomía",* elemento que de acuerdo con los resultados de patología, "*...generó una peritonitis aguda crónica*". Tras una ligera recuperación, sumada a la tolerancia a los alimentos, se le dio de alta. Sin embargo, la peritonitis aguda y crónica desencadenada por la compresa dejada en su vientre, le originó una congestión cardio-pulmonar por la cual debió ser llevada de urgencia al hospital, ayudada de oxígeno, complicación que no fue posible controlar, pese a los esfuerzos médicos, falleciendo a la edad de 40 años, once meses después.

Puntualmente, la discusión gravita sobre la imputación del resultado en el evento en el que, como en el caso reseñado, se produzcan lesiones en el sujeto pasivo de la intervención médica derivadas del abandono de compresas o de instrumental quirúrgico en su humanidad. En pro de la aplicación del principio de confianza en estos eventos, podríamos afirmar que existe una actividad que se realiza entre varios sujetos y que entre los mismos se presenta una distribución de tareas. En contra de la aplicación del principio de confianza, suele afirmarse la posición de garante (principio de defensa) de los miembros del equipo médico respecto del paciente.

Miremos otro caso: El cirujano, previo a la finalización del acto quirúrgico, le solicita a la auxiliar de enfermería que revise cuántas compresas fueron utilizadas y que verifique de cuántas compresas se disponía al inicio de la intervención quirúrgica. Ésta señala que las compresas se encuentran completas, sin verificar claramente esto, razón por la cual se procede a la realizar la sutura de la herida quirúrgica, quedando una de ellas dentro de la cavidad abdominal, la cual produce una obstrucción intestinal que requiere de la realización de un segundo procedimiento quirúrgico, con la necesidad de una hemicolectomía izquierda y la realización de una colostomía.

En la práctica médica, lo usual es que se realice en presencia de todos los miembros del equipo médico un conteo –a veces más de uno– de compresas al

iniciar la sesión quirúrgica,[423] y se realiza un nuevo conteo de compresas antes de proceder a la realización de la sutura. Si todo ha salido bien, el número de compresas al finalizar la sesión debe corresponder exactamente al número de compresas con las que se inició el acto quirúrgico.

Lo determinante entonces es establecer qué sucede cuando ha habido un error en el conteo, ya sea en el inicial o en el final de las compresas, y equivocadamente se entiende que ya no hay material quirúrgico en el cuerpo del paciente, cuando en realidad sí quedan algunos elementos en su humanidad.

Si bien todo apuntaría *prima facie* al reconocimiento del principio de confianza en estos casos, en tanto que existe una división de trabajo, y una clara diferenciación de roles, y hay claridad sobre el responsable del conteo de compresas –usualmente el circulante-, la discusión apunta a una eventual aplicación del principio de defensa, que, como mencionamos, se opone al principio de confianza y excluye su aplicación, en tanto que todos los miembros del equipo médico y especialmente el jefe del mismo –cirujano- deben constatar la no presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente.

Al respecto, en la paradigmática sentencia referenciada anteriormente la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005). Expediente No. 14415. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar) se sostuvo lo siguiente:

> lo que se le reprochó al citado facultativo, y en general, a todos los partícipes del acto quirúrgico, fue no haber tenido el cuidado de examinar la cavidad donde se verificó, para constatar que no quedara en ella ningún cuerpo extraño, omisión que se consideró de mayor entidad respecto del citado profesional y de quien presidió la intervención, por tener a su cargo la vigilancia del quehacer de los demás, luego si esa fue la conducta culposa que se le endilgó, para devastarla tenía el recurrente que comprobar que no incurrió en la falta que se le imputó, porque no tenía a su cargo ninguno de los deberes de conducta de cuyo abandono se desgajó, nada de lo cual ocurrió, puesto que su disentimiento a ese respecto se

[423] Sobre el conteo de compresas como el mecanismo adecuado para establecer el posible abandono de compresas puede consultarse la Sentencia del 17 de febrero de 1999 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, Colombia.

> forjó alrededor del papel que jugó en el acto médico -primer ayudante-, que por lo demás, fue fidedignamente constatado por el sentenciador, y en la suposición de las pruebas que demostraran que fue la persona "… que dejara dentro del vientre de la paciente, la compresa que, posteriormente, se encapsuló…" y que tuvo, "…durante la intervención quirúrgica (…) acceso al vientre de la paciente, para que pudiera haber allí dejado la compresa que motivó la reintervención de la señora", esfuerzo que obviamente resulta vano, porque si la culpa por negligencia de la cual se le sindicó, no provino de haber sido quien directamente introdujo y dejó en el abdomen de la víctima el elemento en cuestión, el juicio del fallador a ese respecto permanece indemne, porque en definitiva y debido al desenfoque del ataque, quedó libre de reclamo.

Así pues, que, de conformidad con lo expresado anteriormente, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la responsabilidad –por supuesto, civil– en este tipo de eventos recae sobre todos los miembros del equipo médico quienes, a efecto de exonerarse de responsabilidad –civil en este caso–, no podrán excusarse en el principio de confianza.

Como se ha visto, la jurisprudencia anteriormente referenciada establece la responsabilidad de todos los profesionales de la salud que participan en el acto quirúrgico a partir del argumento según el cual todos los allí presentes podrían haber detectado la presencia del material quirúrgico en el cuerpo del paciente.

En el campo de lo penal, consideramos que la aplicación del principio de confianza en casos como éste es procedente, por lo que el criterio expuesto anteriormente no resulta aplicable al derecho penal, pues, como demostraremos a continuación, los presupuestos para su aplicación se cumplen perfectamente.

Como se señaló anteriormente, los presupuestos para la aplicación del principio de confianza son (i) la existencia de una actividad en conjunto o trabajo en equipo y (ii) la distribución de tareas entre los diferentes miembros del equipo médico.

El primero de los presupuestos para la aplicación de este principio debe darse por sentado, pues en las condiciones actuales del desarrollo científico y profesional, es claro que para la realización de un acto médico quirúrgico de este

tipo se requiere la presencia de un número plural de profesionales de la salud, sin importar la dificultad o aparente sencillez del acto quirúrgico.

El segundo requisito para la aplicación del principio de confianza es la asignación de tareas entre los miembros del equipo, y ello también se presenta, en este tipo de casos, pues en las cirugías intervienen una serie de profesionales especializados, quienes cuentan con una formación específica y una experiencia que hace que se encuentren capacitados para asumir el acto médico.

Y es que el avance científico no solamente se ha dado en materia de técnicas de cirugía, sino que también se da en materia de anestesiología, enfermería, instrumentación quirúrgica y demás, por lo que no puede hablarse de disciplinas auxiliares al médico que generarían relaciones dependientes de carácter vertical,[424] sino que, por el contrario, se trata de situaciones en las que las relaciones son independientes y horizontales, presupuestos para la aplicación del principio de confianza.[425]

Así, consideramos que todos los profesionales que se encuentran en la sala de cirugía podrán confiar en que quien realiza el conteo de compresas lo hará correctamente, y no podríamos exigir, v. gr., que el anestesiólogo tuviese que verificar la presencia de material quirúrgico en la humanidad del paciente como lo plantea la sentencia anteriormente transcrita, pues ello dificultaría bastante el trabajo de los profesionales en la cirugía. Recordemos que precisamente el principio de confianza busca facilitar el trabajo en equipo y señalar que todos los profesionales deban verificar la presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente es, precisamente, dificultar el trabajo del equipo médico.

Lo anterior sin perjuicio de que señalemos que verificar la presencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente no es siempre tarea fácil, pues, situaciones como la natural mimetización de las compresas con el organismo del individuo dificultan la detección de las mismas, por lo que el conteo de compresas o de material quirúrgico previo y posterior a la realización del acto quirúr-

---

[424] Sobre relaciones verticales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 427. Define las relaciones verticales como *"los supuestos en los que el sentido de una red de interrelaciones que se genera entre los diversos participantes apunta a una relación jerárquica, esto es, a una relación entre médicos que se encuentran en diferente posición"*.

[425] Sobre la procedencia del principio de confianza en relaciones horizontales, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 409.

gico aparece como el mecanismo idóneo para evitar resultados lesivos sobre la humanidad del paciente.

En este orden de ideas, es clara la procedencia del principio de confianza siempre y cuando todo el equipo haya estado presente tanto en el conteo inicial como en el conteo final y se hayan percatado que el mismo se realizó de manera adecuada.

4.4.2. Aplicación del principio de confianza en procedimientos experimentales

Otra dificultad para la aplicación del principio de confianza en materia médica está dada por su procedencia en los casos de procedimientos experimentales.

Ejemplifiquemos la problemática con el siguiente caso: En desarrollo de una cirugía plástica, el cirujano decide intentar una nueva técnica de una liposucción en la que ha venido trabajando pero que no está formalmente aceptada. Como consecuencia de ello la paciente fallece. Iniciada la investigación se vincula penalmente tanto al cirujano plástico como al anestesiólogo, al considerar que los dos son posibles responsables frente al resultado final, la muerte de la paciente.

En nuestro criterio, se trata de casos que pueden resolverse en la medida en que se parta de la creación de riesgos y su posterior realización en un resultado lesivo para un bien jurídico. Nótese cómo en este caso, el anestesiólogo no creó riesgo alguno, en tanto que su competencia al interior del acto quirúrgico se limita a la preparación y aplicación del compuesto anestésico, el acompañamiento del paciente mientras esté bajo los efectos de la anestesia y la realización de maniobras de reanimación cuando ello fuere procedente.

En el supuesto analizado, no hay creación de riesgo desaprobado por parte del anestesiólogo en tanto que claramente cumplió con los deberes que se desprendían de su rol.

4.4.3. Principio de confianza y manejo de equipos en desarrollo del acto médico

El tercer grupo de casos problemáticos para el principio de confianza se da respecto del manejo de equipos en desarrollo del acto médico.

Ejemplifiquemos esta situación: En desarrollo de una herniorrafia umbilical se utiliza un *electrobisturí* por ser un equipo que presenta grandes beneficios para el mejor manejo de la herida. La cirugía se desarrolla de manera satisfactoria, pero en sala de recuperación advierten que el menor sufrió una quemadura en uno de sus glúteos, la cual no era perceptible durante el acto quirúrgico.

Revisada la actuación se comprueba que la auxiliar de enfermería colocó la placa del electrodo neutro con suficiente gel en la zona glútea del paciente (zona indicada para la colocación) para que hiciera un buen contacto, no obstante esto se produjo la quemadura. Igualmente los médicos utilizaron adecuadamente el equipo, y éste no dio ningún signo de alarma que permitiera suponer que se estaba presentando una quemadura en el paciente.

Consideramos que, en estos supuestos, es necesario hacer dos claridades. Una respecto a la adquisición del instrumental y los equipos en general, y otra respecto al mantenimiento de los mismos.

En cuanto a lo primero, en la medida en que los equipos hayan sido adquiridos al fabricante, de manera legal y en tanto que se adquieran los adecuados para el manejo de la situación para la que están previstos, es procedente aplicar el principio de confianza frente al manejo de las cosas, en tanto que el profesional puede confiar en la idoneidad de los mismos.

Contrario sensu, no procederá este principio cuando la adquisición se haya hecho a intermediarios que no puedan dar fe del estado del equipo, o cuando se trate de adquisición de material que ya haya sido empleado con anterioridad.

En los eventos en que se ha adquirido el instrumental al fabricante y el mismo resulte defectuoso, la responsabilidad recaerá en este último, que es quien creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

En cuanto al mantenimiento de los equipos, se establece que es una obligación del propietario de los mismos el velar por que se realicen periódicamente revisiones a los mismos, las cuales deberán efectuarse por personal cualificado para el efecto.

Consideramos que en la medida en que se demuestre que la entidad propietaria de los equipos ha realizado en debida forma el mantenimiento de los equipos y en desarrollo de la revisión se hayan cumplido con las medidas necesarias para mantenerlo en buen estado, el principio de confianza es aplicable y por ende no habrá imputación objetiva frente a eventuales resultados causados

por los equipos. Por el contrario, cuando no se hayan cumplido con las medidas necesarias para verificar su buen estado, o el cumplimiento de la misión para la cual se cuenta con los equipos, es procedente la imputación objetiva del resultado frente a quien los empleó con conocimiento de esta situación.

4.4.4. Principio de confianza y empleo de capacidades ajenas

El cuarto grupo de supuestos problemáticos para la aplicación del principio de confianza en materia de imputación objetiva en el escenario de la responsabilidad penal médica está dado por el denominado *empleo de capacidades ajenas*.

En este escenario, diremos que dentro de actividades en equipo, se acude generalmente a lo que la doctrina denomina el *empleo de capacidades ajenas*, el cual tiene su fundamento en la imposibilidad de dominar todos los conocimientos que se requieren para la realización adecuada de una determinada actividad.

A continuación expondremos la responsabilidad por falta de cualificación en el personal,[426] dejando en claro que la misma se realizará, primero, de manera genérica, y posteriormente se analizarán algunos supuestos específicos.

Genéricamente, podemos sostener que la necesidad de emplear conocimientos ajenos es inherente al trabajo en equipo, por lo que, a manera de ejemplo, este supuesto se presenta entre el anestesiólogo y el cirujano, en tanto que el cirujano sabe que para realizar el procedimiento quirúrgico necesariamente se le debe suministrar anestesia al paciente, pero no se le puede exigir que sepa cuál anestésico es el de elección en el paciente y en qué dosis; de la misma manera que al anestesiólogo no se le puede cuestionar por la técnica quirúrgica empleada en el procedimiento.

> **Ejemplo**: Para la adecuada atención de una mujer con una fractura de húmero se requiere que a ésta se le practique una radiografía. El médico sabe cuáles son las proyecciones que se deben ordenar, pero no se le puede exigir que las realice por no tener los conocimientos suficientes para ello. Para eso existen otros profesionales como son los radiólogos y los técnicos en radiología. Y más aún, el médico debe confiar plenamente

[426] Sobre el punto, REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 156.

en que la información que se le entrega sea la correcta, porque de ella dependerá el camino a seguir en el diagnóstico y terapéutica de la paciente.

Pasando al análisis específico de casos, tenemos que es necesario distinguir tres diferentes supuestos o hipótesis, es decir:

- Aquellos en los que la elección del equipo corre por cuenta del Cirujano (En adelante H1)
- Aquellos eventos en los que la elección del equipo se deriva de una vinculación con una institución (H2)
- Los eventos en que la elección del equipo la realiza directamente el paciente (H3)

Esta distinción entre los tres grupos de supuestos tiene una gran incidencia en cuanto a la definición de la fuente de la responsabilidad en el campo de la responsabilidad civi.l[427] En efecto, en el supuesto en que el paciente elija al equipo (H3), la responsabilidad será contractual frente a todos los miembros, mientras que en el evento en que sea el profesional el encargado de la conformación del equipo médico (H1) habrá una responsabilidad contractual entre el médico y el paciente y extracontractual entre los miembros del equipo y el paciente. En el otro supuesto (H2), es decir, cuando es la institución quien elige al personal, podría haber una vinculación contractual con la institución (IPS) y extracontractual frente a los miembros del equipo médico.

En nuestro sentir la distinción tiene igualmente unos efectos penales, como procedemos a demostrar a continuación.

El supuesto H1 se presenta con alguna frecuencia en la práctica, especialmente en las denominadas cirugías estéticas, donde el paciente elige un médico cirujano pero no conoce otros profesionales de la salud (enfermera, anestesiólogo, instrumentador, etc.) por lo que encomienda al cirujano de su confianza que nombre los integrantes del equipo médico.

[427] Sobre la naturaleza de la responsabilidad médica en el campo civil, YEPES RESTREPO, Sergio. Op. cit., 1999, p. 51. LÓPEZ MESA. Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado.* Tratado de responsabilidad médica. Marcelo J. López Mesa. Ed. Legis. Ed Ubijus, Buenos Aires, 2007. pp. 1 y ss.

Está visto cómo, en materia de responsabilidad civil, en este supuesto hay responsabilidad contractual frente al médico jefe y extracontractual frente a los demás miembros del equipo médico.

En el supuesto H1, a manera de ejemplo, diremos que el mismo se presenta cuando el paciente decide realizarse una septorrinoplastia y elige al cirujano plástico que la efectuará, por su fama. Éste, a su vez, conforma el equipo médico necesario para la realización del procedimiento, contratando al anestesiólogo, la instrumentadora quirúrgica, las auxiliares de enfermería, etc.

El principio de confianza derivado del empleo de conocimientos ajenos obrará respecto de todos los integrantes del equipo médico, en la medida en que existen relaciones independientes y principales, así como una clara distribución de tareas.

En el supuesto H2, el paciente elige directamente todos o algunos de los miembros del equipo médico, contratando, en el ejemplo anterior, al anestesiólogo, al rotador, la instrumentadora quirúrgica, la enfermera etc. En materia civil, diremos que existen varias relaciones de tipo contractual entre el paciente y los miembros del equipo médico, por lo que la responsabilidad de los miembros del equipo se determinará por las reglas de la responsabilidad aquiliana.

En materia penal, igualmente operará el principio de confianza en este caso, al existir relaciones independientes y distribución de tareas entre los miembros del equipo médico. De esta manera, el médico cirujano no responderá por un error en la preparación o aplicación del compuesto anestésico o por un error en una maniobra de reanimación, competencias todas asignadas al anestesiólogo. Así mismo, el anestesiólogo no será responsable por los errores que se concreten en resultados lesivos pero que se encuentren en la órbita de competencia del médico.

El supuesto H3 se presenta cuando, por ejemplo, el paciente ingresa a una institución por urgencias, siendo necesario practicarle una cirugía y la institución hospitalaria designa tanto al médico cirujano, como al anestesiólogo, al rotador, a la enfermera, etc., quienes están vinculados mediante contrato de trabajo con la institución.

Al igual que en los supuestos anteriores, en este caso es procedente la aplicación del principio de confianza, en tanto que se parte del presupuesto de que quienes laboran para la institución cumplen con unas calidades profesio-

nales que les permitieron acceder a la misma, por lo que no creará riesgo jurídicamente desaprobado quien obra confiando en las capacidades de otro profesional.

Otro caso que se presenta con bastante frecuencia es la relación entre el médico y los laboratorios en los que el profesional de la salud solicita la práctica de exámenes a sus pacientes, y el laboratorio los realiza.

En estos supuestos, el médico puede confiar en que el laboratorio realizará los exámenes con la metodología adecuada, y que los mismos corresponderán a la realidad del paciente.

La bacterióloga es la profesional experta para la realización de dichos exámenes. Y más aún, el médico debe confiar plenamente en que la información que se le entrega sea la correcta, porque de ella dependerá el camino a seguir en el tratamiento del paciente.

Para concluir, diremos, entonces, que no es procedente la imputación objetiva en aquellos supuestos en que un miembro del equipo médico acude a otro profesional que está cualificado para la situación, en tanto que le es legítimo pensar que este último dispone de los conocimientos necesarios para la intervención y los aplicará al caso concreto.

Contrario a lo anterior, se presentan los casos de falta de cualificación en el personal, en los que se delega una determinada actuación a quien no está cualificado para asumirla, o, por el contrario, estando capacitado, no se encuentra en una situación tal que le permita aplicar sus conocimientos y destrezas a la situación en concreto.

> **Ejemplo**: La enfermera jefe delega en la auxiliar de enfermería la función de tomar los signos vitales a un menor y ésta informa que se encuentran dentro de los límites normales. Sin embargo el paciente presentaba una saturación de oxígeno del 87%.

En estos eventos, es improcedente la aplicación del principio de confianza, y debemos recordar que el médico es el responsable por elegir quiénes le colaboran, y, por el contrario, el principio de confianza operará en tratándose de personal seleccionado por la institución en la que labora el médico,

quien podrá confiar en la destreza y preparación de este personal médico sanitario.[428]

En el evento en que las personas designadas no cumplan con las cualidades necesarias para el procedimiento de que se trate, el profesional debe vigilar que se cumplan sus instrucciones.

Surge la duda de la procedencia de la imputación objetiva en los eventos en que se presentan defectos de comunicación entre los miembros del equipo médico.[429]

> **Ejemplo**: El médico solicita a la enfermera jefe que le aplique al paciente 35 mg. de amiodarona y ésta le aplica 3,5 gr. El paciente sufre una falla hepática.

Doctrinalmente se dice que no es suficiente con la orden, sino que quien imparte la instrucción debe cerciorarse de que el destinatario de la misma la haya comprendido correctamente.[430] Es por ello que en la práctica médica se utiliza que quien recibe la orden repite el contenido de la misma, de manera que quien la imparte pueda cerciorarse del entendimiento de la solicitud. De ello se debe dejar constancia en la historia clínica o sus anexos.

Sin embargo, en la práctica existen casos en los cuales resulta difícil dejar este tipo de constancias, pensemos en una situación de extrema urgencia, como sucedería cuando, en desarrollo de una cirugía de alto riesgo, el cirujano le solicita a la instrumentadora un instrumento determinado y ella puede entender que es otro. En este caso básicamente será suficiente con que el médico se cerciore que la orden dada fue entendida de manera adecuada, pudiendo prescindirse de la constancia de esta situación.

Problema: ¿Podría imputarse responsabilidad al médico, por el hecho que hubiese ordenado suministrarle a la paciente 1 mg de morfina, que debía prepararse diluyendo 1 ml de morfina en 9 ml de solución salina y la enfermera lo

---

[428] GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 430.

[429] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 157.

[430] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 157. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. Op. cit., 2003, p. 431.

prepara 9 ml de morfina y 1 ml de solución salina, cuando es el mismo médico el que ha suministrado directamente al paciente la morfina?

Consideramos que en este caso, en la medida en que el médico haya dado la instrucción correcta, se haya cerciorado de su comprensión por parte de la enfermera, no podrá imputársele el resultado lesivo que se ocasione en la vida del paciente, cuya imputación se haría a la enfermera.

Por último, un interesante caso sobre esta problemática lo encontramos en la sentencia del 6 de mayo de 1992 emanada de la Corte de Casación Civil italiana en la que se condena a un grupo de profesionales de la salud por la muerte de dos pacientes derivada del suministro de una dosis de veneno en lugar de sulfato de magnesio. En este caso se condenó a la enfermera que por grave error suministró la sustancia tóxica, así como al jefe de la sala y al director del establecimiento. En el caso se estableció que las sustancias venenosas habían sido abandonadas en el carrito de terapia oral y no en armarios cerrados con llave como lo indicaba la Ley (RD 27.7.1934 N° .1235).

Capítulo III
Realización de riesgos

1. Generalidades

En los capítulos anteriores diferenciamos entre la imputación de la conducta y la imputación del resultado. Así, señalamos que para que pueda completarse el juicio de imputación es necesario (Capítulo I) determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (Capítulo II) y su concreción en un resultado lesivo.[431] En efecto, para estructurar la imputación objetiva no basta no con la inobservancia de las reglas de cuidado, ni con la creación del riesgo que serán a lo sumo un *indicio* de la posibilidad de imputación en estos casos, sino que es necesario que ese riesgo creado se materialice en la lesión de un interés jurídicamente relevante, asunto sobre el cual nos ocuparemos en el presente apartado.[432]

En el capítulo anterior evacuamos el primer punto, y es la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, y en éste nos ocuparemos de la concreción del resultado lesivo en el resultado,[433] *imputación del resultado, imputación objetiva en sentido estricto*, o relación de imputación.[434]

El presente capítulo se encuentra estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, nos referiremos a lo que constituye la realización del riesgo como categoría del delito, para posteriormente analizar los supuestos en que la misma

---

[431] Sobre la realización del riesgo. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 1996, p. 471. Sobre los elementos de la culpa profesional. Señala la Audiencia Provincial de Barcelona: *"El tipo analizado exige para su comisión que concurran los siguientes elementos: 1º. Una acción u omisión voluntaria pero no maliciosa; 2º. Que la voluntad del agente se refiera a la acción inicial pero no al resultado; 3º. Que la conducta suponga por la ausencia de una racional previsión o cuidado la creación de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido, en este caso la vida de un tercero; 4º. Que se produzca la muerte de un tercero; 5º. Que exista relación de causalidad típicamente relevante entre la acción del sujeto activo y el resultado"*. Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia del 8 de mayo de 2000.

[432] Sobre la insuficiencia de la creación del riesgo para la imputación objetiva y su carácter de indicio ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1002. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 283.

[433] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

[434] Denominación que en absoluto es unánime. Sobre la confusión existente al respecto, REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 196.

se excluye. A renglón seguido, nos referimos a la discusión sobre la relación de causalidad en el delito de omisión, para, por último, desarrollar algunos aspectos puntuales que generan problemas en la realización de riesgos en materia de imputación objetiva en la responsabilidad médica.

Es importante señalar que mientras que la determinación sobre si el riesgo creado es desaprobado o no, se realiza mediante un juicio *ex ante,* la determinación sobre si ese riesgo se concretó en un resultado lesivo para el bien jurídico se realiza mediante un juicio *ex post*.[435]

Visto como ya está que nunca un resultado –cualquiera que sea– es consecuencia de una sola causa, lo importante en materia de responsabilidad penal es determinar cuáles son todas las causas que concurren para la producción del resultado y determinar posteriormente, cuál de todas esas causas es la que permite la explicación del resultado.[436/437]

De lo anterior se desprende entonces que para determinar cuál es la causa a la que se debe imputar objetivamente el resultado, es necesario, en primer lugar establecer cuáles son todas las causas que convergen a su producción, aplicando el método de las ciencias naturales, en otras palabras, acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones.[438]

Determinadas todas las causas mediante la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, debe establecerse, en segundo lugar, cuáles de las mismas constituyen riesgos jurídicamente desaprobados, acudiendo a los criterios explicados en el capítulo anterior, para excluir aquellas que se encuen-

---

[435] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 210.

[436] Seguimos en esta materia a REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 195 y ss. Sobre el consenso existente de manera unánime en la doctrina sobre la necesidad de la relación de riesgo, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., p. 196, especialmente en la nota 2. WOLGEN, Jürgen. "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. Op. cit., 1991, p. 114. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 303.

[437] RUDOLPHI, Hans Joachim. "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál., Op. cit., 1991, p. 92. Al respecto, señala el TS español lo siguiente: *"…sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro."* Sentencia del 16 de octubre de 2002. En este caso, el TS con claridad aplica primero la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar cuáles son las causas que convergen para la producción del resultado, para luego aplicar el correctivo de la teoría de la imputación objetiva.

[438] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 200. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2000, p. 213.

tren aprobadas. Entre aquellas causas que explican el resultado y constituyen riesgos jurídicamente desaprobados, deberán suprimirse mentalmente algunas de ellas, de manera que, si suprimida mentalmente no puede explicarse el resultado, es claro que éstas constituyen las causas del mismo y se ha completado el juicio de imputación objetiva.[439]

Miremos lo anterior con un ejemplo: El médico da la orden a la enfermera A de aplicar a un paciente 100 mg de fenobarbital como dosis de carga y posteriormente 35 mg como dosis de mantenimiento. La enfermera aplica la dosis de carga y consigna en las notas de enfermería que la dosis de impregnación es de 35 mg y 100 miligramos como dosis de mantenimiento. Al llegar la enfermera B, observa la anotación de la enfermera A y aplica 100 mg al paciente. Posteriormente, la enfermera C aplica nuevamente 100 miligramos al paciente. El paciente fallece horas después por sobredosis de fenobarbital.

En este caso, tenemos entonces varias causas que convergen a la producción del resultado. En efecto, son causas el que el médico haya dado la orden, el que la enfermera haya realizado una anotación equivocada, y las aplicaciones que del medicamento hicieren las enfermeras B y C.

Establecido lo anterior, tenemos que determinar cuáles de estas causas constituyen riesgos jurídicamente desaprobados. Lo primero es analizar la situación del médico, quien da una instrucción y no se cerciora del cumplimiento de la misma. Esta actuación ciertamente constituye un riesgo desaprobado, en tanto que su obligación es cerciorarse del entendimiento de la instrucción.

Debemos entonces determinar si, suprimida esta actuación, podría explicarse aún el resultado. Consideramos que no es esta actuación la que explica el resultado sino las sucesivas aplicaciones del medicamento las que explican el resultado muerte del paciente, por lo que, si bien le asistirá una responsabilidad profesional al médico, no podrá imputársele, en términos penales, la muerte del paciente.

En cuanto a la enfermera A –quien consignó un error en las notas de enfermería– también ha creado un riesgo desaprobado, pero no es su conducta la

---

[439] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 279 y ss. Paradigmático, afirma REYES ALVARADO: *"Cuando sin la conducta generadora de un riesgo desaprobado es imposible explicar el resultado penalmente relevante, estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo jurídicamente desaprobado, se realizó en el resultado"*, p. 280.

que explica el resultado muerte, en tanto que, insistimos, el mismo se explica por las sucesivas dosis que le fueran aplicadas al paciente por parte de las enfermeras B y C.

En el mismo orden de ideas, la enfermera que consignó erróneamente la instrucción del médico será responsable disciplinariamente –y sería discutible una eventual imputación por el delito de falsedad ideológica– pero no se le podrá imputar objetivamente el resultado lesivo.

Por su parte, en cuanto a B y C, que son quienes aplican las dosis mortales al paciente, no podrían ampararse en el principio de confianza, en tanto que están en la obligación y en la capacidad de entender que se ha consignado un error en las notas de enfermería, por lo que podemos afirmar que ambas crearon un riesgo jurídicamente desaprobado.

En este momento, será necesario establecer, mediante dictamen pericial cuál de las dos dosis aplicadas al paciente fue la que causó su muerte. En este caso, debe haber certeza sobre cuál de las dos dosis aplicadas al paciente fue la que ocasionó el deceso, de manera que, en el evento en que exista alguna duda al respecto, deberá declararse la irresponsabilidad de las enfermeras en aplicación del principio *in dubio pro reo*.[440]

---

[440] Un caso sobre duda en el nexo causal lo expone el Tribunal Supremo español en la Sentencia del 21 de abril de 1992. El acusado, un médico oftalmólogo, el día 15 de septiembre de 1983 atendió en su consulta a una persona que recibió un impacto en el ojo derecho cuando desempeñaba su trabajo. Una vez examinado, se le detectó una esquirla metálica en la córnea que fue extraída, sin apreciarse la existencia de ninguna otra lesión, por lo que se le dio el alta laboral. A los cuatro días, como el paciente continúa con «ciertas molestias», y volvió a la misma consulta pero esta vez fue examinado por el médico sustituto al encontrarse el titular dado de baja. El segundo médico diagnosticó «queratitis postraumática», el cual fue también acompañado de alta laboral. El día 12 de diciembre, el oftalmólogo, ya en el ejercicio de sus funciones, volvió a prestar asistencia al lesionado, detectándole «una pústula conjuntival que no afectaba a los medios transparentes de ojo, ni a la visión». El 9 de enero de 1984, el enfermo se hizo examinar en el Instituto Oftalmológico Nacional donde alegó las mismas molestias que se le observaron aunque agudizadas. El día 24 siguiente, por indicación del procesado, fue examinado en el Instituto «Asepeyo» observándose gran turbidez vítrica y desprendimiento de retina «consecuencia de la aparición de un cuerpo extraño infraocular», que obligó a intervención quirúrgica que se hizo el 1 de febrero y determinó, finalmente, la enucleación del ojo el día 21 de septiembre de 1984. En la Sentencia señala el Tribunal Supremo que "es dudosa la relación causal que pueda existir entre la primera lesión ocular detectada y las gravísimas consecuencias que después se apreciaron, ya que la lesión intraocular no puede afirmarse, con la seguridad que estos casos requieren, tuviera su causa directa en el primer accidente laboral producido y no en otro posterior, y ello lo podemos deducir de dos circunstancias que han de tenerse en cuenta: en primer lugar, el tiempo tan dilatado *transcurrido entre el primer acto médico y la extirpación del ojo; en segundo término, y sobre todo, el hecho de que el lesionado pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales hasta bastante después del primer diagnóstico..."*. Un ejemplo clásico

Como tuvimos ya ocasión de mencionarlo, y de acuerdo a lo que señala Reyes Alvarado, mientras que para la determinación de la creación o no de un riesgo jurídicamente desaprobado debe hacerse una valoración *ex ante*, para determinar la concreción del riesgo creado en el resultado, la valoración es *ex post.*[441]

Es decir, solamente cuando se conoce el resultado pueden determinarse las causas que concurrieron a su realización y es el perito quien debe determinar cuál de esas fue, a nivel de certeza, la que produjo el resultado.

Por último, consideremos un ejemplo clásico sobre la cuestión, en el que un paciente es atendido por dos profesionales de la salud que no tenían la especialidad requerida para el procedimiento (riesgo creado). En el proceso se demuestra que la falta de especialización no influyó en el resultado lesivo, pues el resultado igual se hubiese producido aún cuando el paciente hubiera sido tratado por un especialista.

2. Supuestos en que se excluye la realización del riesgo

2.1. Exposición de la problemática y presentación de casos concretos

En el capítulo anterior mencionábamos los supuestos en los que se excluía la imputación del comportamiento al autor, por lo que, para mantener el rigor me-

sobre un caso en el que, al no poder establecer con certeza la relación de riesgo se aplica el principio *in dubio pro reo*, es el contenido en el fallo de la Corte de Casación Civil italiana el 30 de mayo de 1969 en el que dos médicos aplican sucesivamente inyecciones de cortisona a un enfermo y una de las inyecciones tocó el nervio ciático provocando un absceso. Sin embargo, al no poder imputar la inyección que causó el daño a uno u a otro de los profesionales de la salud no fue posible que la víctima obtuviera una indemnización. Igual, en fallo del 26 de abril de 2002 el Tribunal Superior de Milán se ocupa de un caso en el que un hombre ingresa armado a un hospital donde se encuentra su mujer interna por una serie de sucesos que desencadenaron en una hemorragia cerebral. El hombre ingresa armado al nosocomio y obliga a la doctora de guardia a llevarle a la UCI donde se encontraba su esposa. Estando allí, encontró a su esposa y le arrancó los tubos del respirador, esperó a que su esposa expirara y llamó a un médico amigo para que certificara su muerte entregándose después a la Policía. En la primera instancia el sujeto fue condenado por homicidio premeditado y en la segunda instancia el Tribunal de Apelación consideró que había serias dudas de que la mujer estuviese viva cuando su marido le quitó el respirador, pues setenta horas antes de esto los médicos detectaron solo un atisbo de actividad cerebral en la paciente en un reflejo fugaz en las pupilas sin que se estableciera la existencia de esta actividad al momento de los hechos. El sujeto finalmente fue condenado por entrar armado a un hospital.

[441] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 203.

todológico que demanda esta exposición, a continuación haremos lo propio con la exclusión de la *imputación del resultado*.

El primer supuesto en el que se excluye la imputación del resultado, no puede ser otro que el caso en el que el resultado lesivo para el bien jurídico no sea la consecuencia directa del riesgo creado por el autor.

El clásico ejemplo es el caso en el que A, con ánimo homicida dispara en contra de B, quien resulta herido y es trasladado al hospital. Camino al nosocomio, la ambulancia sufre un accidente que desencadena la muerte del herido.

De acuerdo con el criterio aquí defendido, para determinar la relación de riesgo es necesario acudir al mismo método empleado por la teoría de la *conditio sine que non,* es decir, se suprime mentalmente el riesgo, y si el resultado desaparece, es porque el riesgo es efectivamente la causa del resultado. En contrario, si suprimido el riesgo creado, el resultado se mantiene, es porque el riesgo creado no es la causa jurídica del resultado.

Por ejemplo, cuando A imprudentemente adelanta a B y durante el adelantamiento se produce un defecto material no reconocible en la rueda de su vehículo, lo cual origina un accidente. En este caso, se niega la relación de riesgo en tanto que, aún conduciendo correctamente el resultado accidente se hubiera producido.[442]

Roxin propone otro criterio para la solución de estos casos que se adapta a su propuesta. En su opinión, tras la acción del autor es necesario realizar un juicio de peligro y determinar si la conducta del agente incrementó el peligro para el resultado en los términos en que el mismo finalmente se produjo. En el caso del ejemplo se pregunta Roxin si la conducta del autor ha incrementado el riesgo de que la persona fallezca por un incendio en un hospital, a lo cual debe responderse negativamente, por lo que debe afirmarse la imputación de un delito de tentativa de homicidio y no uno de homicidio consumado.[443]

En igual sentido, debe negarse la realización del riesgo cuando el agente crea durante un lapso un riesgo desaprobado sin causar con ello resultado alguno, el cual acontece posteriormente, cuando el agente ya se encontraba dentro del riesgo permitido. Ejemplo, un conductor avanza por una carretera despo-

[442] ROXIN, Claus. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 377.

[443] Ibíd. p. 373.

blada a una velocidad superior a la permitida. Al llegar a un poblado, reduce la velocidad y conduce dentro de los límites permitidos. En ese momento, un chaval atraviesa la calle de manera imprudente lo cual ocasiona que sea arrollado y se causa su muerte.[444] Nótese cómo, si bien se creó un riesgo, el mismo no se concretó en el resultado, por lo que debe negarse la relación de riesgo en este caso. Roxin, igualmente, niega la relación de riesgo en este caso, pero lo hace con una argumentación diferente y que se encuentra acorde con su entendimiento de la relación de riesgo, esto es, a partir del incremento del riesgo, cuando señala que "*por una conducción demasiado rápida no se aumenta lo más mínimo el riesgo de que se produzca un accidente en una conducción nuevamente reglamentaria*".[445]

Una situación bastante discutida en la doctrina es la solución del supuesto en que alguien hiere a otro que posteriormente fallece en un hospital como consecuencia de una falla en la prestación o la negación de la prestación los servicios asistenciales.[446] Como casos podemos plantear los siguientes. En desarrollo de una riña, A causa lesiones a B, y posteriormente, en el tratamiento médico:

- Fallece por una incisión incorrecta que le produce un schock hipovolémico
- Se suministra un medicamento contraindicado que le produce la muerte
- Se presenta un error en la preparación o aplicación del compuesto anestésico que genera en el paciente un paro cardíaco irreversible.

Por una parte, algunos –opinión bastante extendida, en criterio de Roxin– señalan que para resolver estos casos, debe diferenciarse entre los errores médicos *leves y medianos* de los errores *graves.* En tal sentido, afirman quienes sostienen estas tesis que en el caso de errores médicos *leves y medianos* se le debe imputar la muerte al causante de las heridas en la humanidad del occiso, quien debe contar con la posibilidad de este tipo de falencias por parte de los profesionales de la salud. Por el contrario, en el caso de los errores *graves* no

[444] Ibíd. p. 376.

[445] Ibíd. p. 376.

[446] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

se debe imputar por la muerte al primer agente subsistiendo solamente la imputación por las lesiones efectivamente causadas.[447]

Para otros, entre quienes aparece Rudolphi, es necesario determinar si el fallo médico se traduce en acciones positivas por parte del facultativo, o si, por el contrario, se trata de la omisión, por parte del médico, de las medidas de tratamiento indicadas. En el primer caso, se excluiría la imputación al causante de la lesión en virtud de la aplicación del principio de confianza, mientras que en el segundo caso –omisión por parte del médico de aplicar las medidas curativas del caso– aprecian estos autores la realización del riesgo creado por el agente.[448]

Una tercera opinión es partidaria de diferenciar entre si el resultado producido por la falla médica corresponde al riesgo típicamente unido a las lesiones causadas, si es el "riesgo modelo" que se produce de las heridas causadas, caso en el cual debe afirmarse la imputación al causante de las heridas por el delito de homicidio aún mediando imprudencia temeraria por parte del profesional de la salud. Por el contrario, se excluye esta imputación cuando la conducta médica equivocada cae por fuera del riesgo típico de las lesiones, como sucede con un error en la aplicación del compuesto anestésico.[449]

Ésta es la línea en nuestro medio defendida por Montealegre Lynett, cuando afirma que si la acción base no lleva inherente "*el peligro de producir un resultado más grave*" y "*no obstante se produce la muerte o una lesión mayor por culpa del tratamiento…el resultado más grave le es imputado al médico*".[450]

Por otra parte, cuando la lesión *base* lleva inherente la posibilidad de producir un resultado más grave, Montealegre Lynett señala que debe diferenciarse entre los casos en que la prestación correcta del servicio médico o la realización oportuna de las medidas curativas hubiera podido salvar el bien jurídico, de aquellos supuestos en los que el bien jurídico se encuentra *inevitablemente perdido.*[451]

---

[447] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 400.

[448] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 401.

[449] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 401.

[450] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

[451] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272. Un caso de bien jurídico inevitablemente perdido lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo español del 22 de noviembre de 1998, en el que A dispara un tiro mortal sobre B que ya se encontraba herido de muerte por la acción de C.

En el primer caso, esto es, cuando la prestación correcta u oportuna de los servicios médicos hubiese podido salvar el bien jurídico, y debido a la falta de atención o la atención defectuosa al paciente, se produce un segundo resultado más grave, señala Montealegre Lynett lo procedente es imputar al causante del resultado base el delito de lesiones o de tentativa de homicidio y al médico las lesiones o el homicidio culposo.

En el segundo supuesto, esto es, cuando a pesar de concurrir a una intervención médica denegada o indebidamente realizada se establece que ello no hubiere determinado la salvación del bien jurídico, entiende Montealegre que, en la medida en que el médico acelera la producción del resultado por lo que debe imputarse el resultado más grave –muerte– tanto al médico como a quien desencadenó el peligro.[452]

La regla para la determinación de la relación de riesgo aquí defendida permite resolver este tipo de casos, mediante la determinación de la causa efectiva de la muerte del inicialmente herido. De manera que, si aún suprimiendo la conducta imprudente del médico se hubiera producido el resultado muerte debe afirmarse la imputación al causante de las heridas, mientras que, si suprimido el error médico desaparece la muerte, diremos que el galeno ha puesto en marcha un nuevo curso causal que es el que explica el desenlace fatal para el paciente. En este orden de ideas, el médico responderá por el delito de homicidio, mientras que el causante de las lesiones responderá ya por lesiones personales, ora por tentativa de homicidio.[453]

Diferente es el caso en el que, causadas las lesiones, el paciente fallece ya no por un error médico, sino por la falta de tratamiento sanitario o tratamiento insuficiente. En estos casos, nuevamente se presenta una división doctrinal en cuanto a la manera cómo deben ser resueltos.

Por una parte, Rudolphi, Jakobs, Frisch y Schünemann son partidarios de la imputación al causante del primer agente, mientras que, por el contrario, Roxin, considera necesario –ahora sí– distinguir los casos en que concurre temeridad del médico, de aquellos en que ello no sucede. En el caso en que no

---

[452] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

[453] Esta conclusión es la misma que encontraremos en la tesis de. ROXIN, Claus. *Derecho.* Op. cit., 1997, p. 400.

haya temeridad del médico, afirma Roxin, hay dos riesgos concurrentes del mismo peso por lo que los dos causantes del resultado, quien causa la lesión y el médico, deben ser castigados como responsables de homicidio imprudente.[454]

Por el contrario, cuando concurra actuación temeraria por parte del profesional de la salud, *por criterios de política criminal* entiende Roxin que la actuación del galeno adquiere una "*mayor preponderancia"* que descarta la necesidad de sancionar al autor de la lesión originaria.[455]

Nuevamente consideramos que la regla aquí defendida permite resolver estos casos, en la medida en que consideramos que lo pertinente es determinar si la ausencia de tratamiento o el tratamiento tardío fue el que condujo al desenlace fatal. En este sentido, mentalmente debe agregarse el tratamiento necesario –o suponer la prestación oportuna del mismo– y, en la medida en que se establezca que con certeza de haberse realizado efectiva u oportunamente según el caso se hubiera evitado el deceso, la imputación deberá realizarse al profesional de la salud por la muerte, subsistiendo la imputación al primer agente a título de lesiones. Si, por el contrario, agregando la actuación efectiva u oportuna del facultativo, el resultado no desaparece, es porque la aportación causal que hizo el médico no fue la causa del resultado y su conducta no tendrá consecuencias penales dejando abiertas las posibilidades en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

A continuación nos referimos a lo que se denomina *conductas posteriores erradas de la víctima*,[456] es decir, casos en los que se produce conducta inicial imputable a un primer autor de lesiones que es seguida por un comportamiento imprudente –Roxin lo denomina conducta equivocada no dolosa[457]– por parte de la víctima de las lesiones inicialmente causadas.[458] Para resolver estos casos, Roxin propone una distinción, entre aquellos supuestos en que se trata de consecuencias no dispuestas originalmente en la lesión, como cuando el lesionado fallece a consecuencia de una indebida ingesta de los medicamentos que

---

[454] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 400.

[455] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos.* Op. cit., 1997, p. 401.

[456] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 350.

[457] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 402.

[458] Ibíd. p. 402.

le son formulados, caso en el cual debe imputarse el resultado exclusivamente a la víctima. Por el contrario, cuando se trata de lesiones predispuestas, la imputación a la víctima solo será posible si la producción del resultado se debe a una conducta *gravemente inadecuada* de la víctima, como cuando ésta no llama al médico a pesar de los síntomas alarmantes de la lesión.[459]

En términos generales, diremos que para estas tesis la imputación al autor del primer comportamiento se negará cuando haya un error *grave* por parte de la víctima y se mantendrá la imputación cuando el error en el comportamiento de la víctima sea *leve*.[460] Para diferenciar entre los errores leves y los errores graves, los cultores de esta tesis acuden al grado de probabilidad con que el resultado final hubiera podido evitarse. Así, cuando la víctima rechace un tratamiento médico que con gran probabilidad le hubiera salvado la vida habrá incurrido en un error grave que excluye la imputación del resultado al primer autor.[461] Por el contrario, si el error no hubiese tenido mayor probabilidad de salvarle la vida, el resultado será imputable al autor del primer resultado.

Otros autores omiten la distinción entre errores graves y leves de la víctima para afirmar, de manera genérica, que existen actuaciones equivocadas de la víctima que, debido a su subordinación frente al causante del primer resultado, no eliminan la imputación del resultado finalmente acontecido al causante del primer suceso.[462] Se imputará el resultado al primer causante cuando se demuestre, de manera fehaciente, que aún cuando la víctima se hubiese comportado correctamente, el resultado lesivo no hubiera podido ser evitado,[463] Como acertadamente anota Reyes Alvarado, esta tesis conduce a las mismas soluciones a las que se llega con la distinción entre errores graves y errores leves.[464]

Nótese cómo, para resolver casos concretos, Roxin acepta soluciones que, como la diferenciación entre la imprudencia *leve, mediana o grave*, anteriormente había rechazado, al igual que sucede en este caso en el que acude al criterio de si el resultado es inherente o no al riesgo creado con las lesiones

[459] Ibíd. p. 402.

[460] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 352.

[461] Ibíd., p. 353.

[462] Ibíd., p. 353.

[463] Ibíd., p. 353.

[464] Ibíd., p. 353.

ocasionadas. Por el contrario, nosotros entendemos que, nuevamente el criterio aquí defendido es aplicable en estos casos. En el supuesto en que, suprimida la conducta de la víctima, el resultado persista, es porque la agresión inicial es la causa jurídica de la segunda lesión o el deceso, mientras que, si, suprimida la conducta de la víctima, el resultado desaparece, la consecuencia no es la impunidad para el agente que deberá responder solamente por las lesiones inicialmente causadas.

Frisch, por su parte, distingue entre las consecuencias que se derivan de la actuación de la víctima y las que ya han sido creadas por el primer autor desde el momento en que desplegó su conducta, de manera que admitirá la imputación al primer autor cuando el resultado sea la consecuencia de su actuación y la niega cuando el resultado sea la consecuencia de un comportamiento equivocado de la víctima.[465]

Reyes Alvarado,[466] por su parte, plantea que acudir a distinciones como la gravedad o levedad del comportamiento de la víctima es innecesario, siendo suficiente con determinar si fue el riesgo creado por el autor o el comportamiento de la víctima el que explica el resultado finalmente acaecido. De esta manera

> (...) *cuando un conductor atropella con su vehículo a un peatón ocasionándole leves heridas, y la muerte de éste se produce porque contrariando las prescripciones médicas descuidó su herida hasta el punto de adquirir una incontrolable infección, la imputación de la muerte al primer autor dependerá de si es su actuación o la de la víctima la que permite explicar la muerte sobrevenida. Si dentro del proceso el material probatorio demuestra que el fallecimiento del paciente se produjo debido a la forma descuidada como él trato la herida que le fue infligida, será su conducta y no la del imprudente conductor del vehículo la que explique el resultado.*[467]

En este orden de ideas, excluye Reyes la imputación al causante del primer resultado cuando la víctima rechaza las acciones de salvamento que se

[465] Ibíd., p. 353.

[466] Ibíd., p. 354.

[467] Ibíd., p. 354.

le ofrecen siempre y cuando dentro del proceso se demuestre que el resultado acontecido es explicable por la conducta negligente de la víctima y no por las lesiones que a la víctima le ocasionara el primer autor.[468]

Otra situación se presenta cuando la actuación posterior no proviene de la víctima sino de un tercero. El caso que suele citarse como ejemplo de esta cuestión es el que se presenta cuando alguien conduce un automotor de manera imprudente y ocasiona lesiones a un peatón, que fallece finalmente como consecuencia de un error en el tratamiento médico.[469]

En este caso, la relación de causalidad es clara, por lo que la solución a este supuesto la debe brindar la imputación objetiva y no la exclusión de la causalidad.[470] Frente a este tipo de sucesos una primera propuesta se inclina por imputar al autor todos los resultados que sean derivados de una lesión peligrosa por él infligida a la víctima independientemente del error que haya cometido el médico en su tratamiento, exonerando al autor del primer resultado cuando haya causado heridas no peligrosas al paciente que hayan conducido a su fallecimiento por culpa de un error en el tratamiento médico al que fue sometido.[471]

Otro sector doctrinal y la jurisprudencia alemana diferencian entre los errores posteriores de comportamiento graves y leves de los terceros que intervienen en el suceso para imputar objetivamente el resultado al primer autor cuando el tercero haya cometido un error leve y exonerar de responsabilidad al causante del primer resultado cuando el error del facultativo haya sido grave.[472]

La solución para este tipo de supuestos es la misma que se plantea para el caso anterior, es decir, será necesario determinar cuál de los dos riesgos fue el que se concretó en el resultado finalmente acontecido, si el riesgo inicial o la conducta del tercero.[473]

Interesante resulta la polémica sobre la realización de riesgos en los *casos de aceleración culposa del resultado*. Se trata de supuestos en los que el bien jurídico se encuentra ya en una evolución progresiva e irreversible hacia

---

[468] Ibíd., p. 355.

[469] Ibíd., p. 359.

[470] Ibíd., p. 359.

[471] Ibíd., p. 367.

[472] Ibíd., pp. 367-368.

[473] Ibíd., p. 361.

su destrucción, pero por la intervención del agente esa destrucción del bien jurídico se adelanta en el tiempo.

Ejemplo: El paciente se encuentra en una fase terminal del cáncer gástrico y el médico le realiza una intervención de gastro-entero anastomosis para que pueda ingerir alimentos fácilmente durante los últimos días de su existencia. Terminada la intervención, el médico olvida una compresa en el cuerpo del paciente, por lo que se le produce la muerte.

Montealegre Lynett señala que si bien en este caso al médico le es imputable el resultado, pero, por analogía *in bonam partem,* la pena no podrá ser superior a la que establece el delito de homicidio por piedad.[474]

En este supuesto, consideramos que al médico le es imputable el resultado, pues creó un riesgo y el mismo se realizó en el resultado, sin que en nada afecten las condiciones en las que se encontraba el paciente. No estamos de acuerdo con la propuesta que realiza Montealegre Lynett, pues discrepamos de la remisión que hace al delito de homicidio por piedad, por tratarse de situaciones totalmente diferentes como pasamos a argumentar a continuación.

En el caso del delito de homicidio por piedad, su menor punición frente al delito de homicidio no solamente se debe a la desmejora del bien jurídico vida, sino al hecho de que el sujeto pasivo manifiesta su decisión de terminar con su vida, como se desprende no solo del contenido del delito de homicidio por piedad, sino también del de inducción o ayuda al suicidio que regula esta situación.

En estos casos, el enfermo solicita a un tercero que termine con su vida, quien obra motivado para disminuir los sufrimientos que atraviesa aquél. En el evento en que la persona que obra, por solicitud del enfermo o de su familia, quienes a su vez consienten, de manera libre e informada el procedimiento, sea un profesional de la salud, la conducta será atípica. En tal sentido, la punibilidad se mantiene ante la duda de si la vida es un bien jurídico disponible en nuestro ordenamiento, cuestión que aún no ha sido suficientemente zanjada en nuestro ordenamiento, pero no creemos que la situación en que se encuentra el bien jurídico sea la explicación de esta menor punibilidad y por ende nos apartamos del criterio del citado doctrinante.

---

[474] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

Consideramos, sí, que en la medición de la pena ello puede tener efecto, en la medida en que la afectación al bien jurídico es uno de los criterios establecidos por el legislador patrio para la determinación de la pena.

Para terminar este apartado, nos referimos brevemente al problema que se presenta cuando hay un error en el diagnóstico o en el tratamiento y posteriormente se produce la lesión a un tercero. Es el caso, por ejemplo, que se presenta cuando el médico se equivoca en el diagnóstico de VIH, informando al paciente que no es portador del virus. El paciente, confiado en el diagnóstico, contagia a una tercera persona (su pareja). La pregunta puntual sería: ¿Podríamos, en este caso, imputarle al médico la lesión ocasionada a la pareja del paciente?

Montealegre Lynett, al referirse a esta problemática, señala que los deberes del profesional de la salud están referidos al paciente y no a terceras personas, por lo que será responsable por los daños a la salud del paciente como consecuencia de no haber detectado la enfermedad, pero no por los daños ocasionados a terceros.[475]

Al respecto, para el caso del VIH, así como otros supuestos en los que el médico ha creado un riesgo desaprobado que eventualmente pueda conllevar lesiones a terceras personas diferentes al paciente, encontramos un campo de aplicación de la injerencia, por lo que el médico asumirá los riesgos como consecuencia del haber puesto al tercero en una situación de riesgo para sus bienes jurídicos.

2.2. El ámbito de aplicación de la norma y la teoría del incremento del riesgo

2.2.1. El ámbito de aplicación de la norma[476]

2.2.1.1 Conceptualización y crítica

Al igual que en lo que tiene que ver con la imputación del comportamiento, Roxin introduce una serie de criterios a nivel del nexo de imputación a los cua-

[475] Ibíd. p. 280.

[476] REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis, Tercera edición, Bogotá, D.C., 2005, p. 212.

les ya nos referimos anteriormente pero sobre los que volveremos en este apartado por ser el lugar que sistemáticamente les corresponde.

Así, se niega la imputación del resultado cuando, a pesar de establecerse la creación del riesgo y su realización en el resultado lesivo, el resultado no corresponda a aquellos que la norma contentiva del deber de cuidado, misma que fue infringida por el autor, busca evitar.[477] Por ejemplo, indica Roxin[478] podrían resolverse mediante la aplicación de esta tesis sucesos como los daños producidos psíquicamente a un afectado por un delito que no fue cometido en su propia persona, –daños a consecuencia de un shock[479]– ni los daños que sufre quien tiene un accidente de tránsito y había quedado impedido en un anterior suceso –daños consecuencia de otros.[480]

Como otros ejemplos que permiten la aplicación de esta tesis, Roxin plantea los siguientes:

> *Ejemplo 1 (RGSt 63, 392): Dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.*

> *Ejemplo 2 (modificación de BGHSt 21, 59): Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía "algo de corazón", el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que*

---

[477] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272. El mismo, ampliamente, p. 280. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 213. JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 631. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 303.

[478] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 402. Él mismo, posteriormente, p. 1012.

[479] "*Daños por shock son perjuicios o menoscabos físicos que sufren terceros cuando se enteran de la muerte o de la grave lesión de una persona allegada o de otra desgracia que les afecta".* ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1012. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 280. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 303. DONINI, Massimo. Op. cit., 1991, p. 363.

[480] Los daños consecuencia de otros *se derivan sólo posteriormente de un primer daño"* ROXIN, Op. cit., 1997, p. 1012.

> *en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde.*

Aplicando la teoría del ámbito de protección de la norma, señala Roxin que es improcedente la imputación objetiva del resultado por cuanto en estos casos,

> (…) *la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención de un internista como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros; e igualmente, el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado.*[481]

En el campo de lo médico, Montealegre señala que, aplicando esta tesis, no le será imputable a un médico que asiste embriagado a una sala de cirugía la muerte del paciente que se produce por una infección ocasionada al utilizar un instrumento sobre el que el hospital no realizó la asepsia correspondiente. Señala Montealegre que, aplicando la teoría del ámbito de aplicación de la norma, este deceso no le será imputable al médico por cuanto el estar sobrio es un deber que busca mantener las condiciones del facultativo, y no pretende evitar la muerte por material séptico.[482] Por la misma vía resuelve este autor el caso en el que un médico transmite el diagnóstico al enfermo en presencia de

---

[481] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 378.

[482] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 280.

un familiar, quien sufre una crisis nerviosa o un infarto al oír la noticia. Señala Montealegre que las normas que establecen el cuidado y la prudencia a la hora de transmitir el diagnóstico no buscan evitar este tipo de resultados.[483]

La teoría del ámbito de aplicación de la norma surge en el derecho civil alemán[484] como un mecanismo para corregir los problemas que producía la aplicación de la tesis de la causalidad adecuada,[485] siendo incorporada casi inmediatamente por la doctrina y la jurisprudencia penal,[486] siendo hoy en día mayoritario su reconocimiento por parte de los autores y la jurisprudencia.[487]

Sobre el lugar que ocupa al interior de la estructura del delito la teoría del ámbito de aplicación de la norma encontramos dos tesis en la doctrina. En primer lugar, para algunos autores (Struensse) la teoría del ámbito de aplicación de la norma permite establecer la congruencia entre los tipos objetivo y subjetivo, como lo que sería un elemento autónomo de la tipicidad ubicado entre los tipos objetivo y subjetivo.[488]

Por el contrario, la doctrina dominante entiende que la teoría del ámbito de aplicación de la norma encuentra su lugar sistemático dentro de la imputación objetiva,[489] discutiendo sobre si es un elemento adicional a los criterios de creación de riesgos y su realización en el resultado,[490] o si se trata de uno de los criterios que conforman una teoría integral de la imputación objetiva.[491] Así, encontramos que a pesar de que la mayoría de la doctrina recalca la importancia de esta tesis, existe una gran confusión conceptual sobre su aplicación, como lo demuestra el que, mientras que para algunos autores el ámbito de la aplicación de la norma afecta el riesgo creado –aquellas conductas cuya ejecución no

---

483 Ibíd., p. 287.

484 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 214.

485 Ibíd., p.216. BGHZ 27-197.

486 Ibíd., p. 214.

487 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, Ibíd., p. 216.

488 Ibíd., p. 216.

489 JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 308.

490 REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 218.

491 Ibíd. p. 216.

busca ser evitada por la norma no pueden considerarse riesgos jurídicamente desaprobados[492]–, para otros autores afecta la relación de riesgo.[493]

En términos sencillos, diremos que, para los seguidores de la tesis del ámbito de aplicación de la norma, existirían casos en los que el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado, no obstante lo cual, tras realizar un análisis de la norma, puede concluirse que la misma no merece reproche penal.[494] Este aparente acuerdo entre quienes sostienen la utilidad de dicha tesis desaparece al momento de determinar la manera en que opera la propuesta y el concepto mismo de lo que constituye el *ámbito de protección de la norma*.

Entre quienes señalan que la teoría del ámbito de aplicación de la norma afecta la creación de riesgos, encontramos una gran disparidad y confusión, pues aparecen tesis que van desde quienes entienden que se trata de una propuesta con la que se pueden resolver los casos en los que haya una variación interna de los riesgos, a quienes señalan que se trata de una tesis útil para determinar cuándo hay una disminución del riesgo,[495] o quienes afirman que se trata de una herramienta que permite solucionar casos en los que existe consentimiento de la víctima, acciones a propio riesgo, eventos en los que se facilita, participa o promociona en acciones peligrosas ajenas, llegando a señalarse así mismo por algunos autores que el criterio del ámbito de protección de la norma es útil para la del principio de confianza o para la mejor comprensión de los casos de división de trabajo.[496]

Esta disparidad de criterios que encontramos entre quienes afirman que la tesis del ámbito de aplicación de la norma encuentra su lugar de aplicación en la creación de riesgos[497] no desaparece entre quienes afirman que el lugar de esta tesis se encuentra en la realización del riesgo. En efecto, entre quienes señalan que la teoría del ámbito de aplicación de la norma encontramos desde tesis que la consideran como un sinónimo de la realización del riesgo, hasta

[492] Ibíd. p. 219.

[493] Ibíd., p. 216.

[494] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 219. JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 308.

[495] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 219.

[496] Ibíd., p. 220.

[497] JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 308.

propuestas que afirman su utilidad para resolver casos como aquellos en que no hay dominabilidad del curso causal, o en que falta la adecuación de la conducta para producir el resultado, hipótesis en que el resultado no era previsible, casos de intervención posterior errada bien sea de la víctima o de un tercero, casos de acciones peligrosas de salvamento, o daños de shock.[498]

Como afirma Reyes Alvarado, la vaguedad de este concepto, así como la imprecisión sobre lo que constituye la tesis misma, tornan este concepto en inservible dentro del marco de una teoría de la imputación objetiva.[499] A lo anterior debe agregarse el que, cuando quienes sostienen la utilidad de la tesis del ámbito de protección de la norma, no explican los mecanismos para determinar las conductas que le incumben al derecho penal y cuáles no le incumben, lo cual explica la disparidad de las opiniones doctrinales en torno a los casos que se pueden resolver mediante la aplicación de esta tesis.[500]

2.2.1.2. Aplicación de la tesis del ámbito de protección de la norma. Lesiones consecuenciales

Dentro de la denominación *lesiones consecuenciales* se incluyen todos aquellos supuestos en los que la aparición de una primera lesión abre a la posibilidad de un segundo peligro.[501] Así, por ejemplo, se cita el caso en el que una persona sufre una lesión como consecuencia de la cual debe ser internado en un centro hospitalario en el cual contrae una enfermedad nosocomial que le causa la muerte.[502] La cuestión a resolver en estos casos, es si al primer autor puede serle imputado el segundo resultado. En nuestro ejemplo, si al autor de las lesiones puede imputársele la muerte del paciente.

Siguiendo a Reyes Alvarado, se estudiarán por separado los fenómenos de los daños perdurables, los daños pasajeros y los daños de shock,[503] aspectos sobre los cuales nos referimos en este aparte, bajo el entendido que estamos

---

[498] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 225.

[499] Ibíd., p. 220.

[500] Ibíd., p. 329.

[501] Ibíd., p. 315.

[502] Ibíd.,. p. 220.

[503] Ibíd., p. 315.

frente a supuestos usualmente resueltos por la vía del ámbito de aplicación de la norma.

2.2.1.2.1. Daños perdurables

En este primer supuesto se agrupan aquellos en los que la producción de una primera lesión puede *"determinar la posterior aparición de nuevos riesgos, bien sea porque con dicho atentado al bien jurídico se deja a la víctima en una situación perdurable de indefensión, o bien porque esa primera lesión signifique para el afectado un pasajero estado de incapacidad"*.[504]

Dentro del derecho médico encontraríamos un ejemplo de esta cuestión en el evento en el que por un error médico fuera necesario realizarle la amputación de una de las extremidades a un paciente, pensemos en una de sus piernas. Posteriormente, esta persona, por carecer de una de sus extremidades, sufre una caída en su habitación que le produce unas lesiones. La pregunta es si pueden imputarse las segundas lesiones al médico que por imprudencia determinó la amputación de la extremidad.

Para resolver este tipo de casos, es necesario afirmar la existencia de una relación causal entre la imprudencia inicial y el resultado final, pues de no haberse presentado la imprudencia inicial, el resultado final no habría acontecido.[505] En otras palabras, de no haberse equivocado el primer médico, no hubiese sido necesario amputar la extremidad del paciente y éste no hubiese sufrido el accidente casero, por lo que la causalidad en este supuesto es innegable.

Casos como éste son usualmente resueltos acudiendo al criterio del ámbito de aplicación de la norma, señalando que el fin de protección de la norma encuentra su límite en la curación de las heridas provocadas por el primer autor.[506] Consideramos, sin embargo, que resolver estos casos mediante una teoría que, como la del ámbito de protección de la norma, se antoja confusa e imprecisa, si bien puede conducir al resultado correcto, como lo es la impunidad del autor respecto del segundo resultado, representa, en nuestro criterio, una opción equivocada.

[504] Ibíd., p. 315.

[505] Ibíd., p. 317.

[506] Ibíd., p. 317.

Otra vía para resolver este tipo de casos diferencia el caso en el que la segunda lesión es por culpa de la víctima del evento en que la segunda lesión se produce a pesar de la prudencia de la víctima. En el evento en que se deba solo a la víctima, no le sería imputable al causante del primer resultado, pero si se produce la lesión a pesar de su prudencia, se entiende que hay realización del riesgo y por ende es procedente la imputación objetiva.[507]

Esta tesis es correcta en lo que tiene que ver con la negativa de la imputación del segundo resultado cuando el mismo obedece a una conducta imprudente de la víctima, pero afirmar la imputación al primer autor del resultado cuando el mismo ha acontecido sin imprudencia de la víctima, pues ello supondría, como lo sostiene acertadamente Reyes Alvarado, una exagerada ampliación del ámbito de responsabilidad al primer autor, quien tendría que convertirse permanentemente en guardián de la víctima para protegerla a futuro de cualquier riesgo que pudiera acontecerle.[508]

Roxin, por su parte, señala que en estos casos debe distinguirse si la infección y la muerte son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el primer resultado. En caso afirmativo, estaremos frente a un supuesto de realización del riesgo, siendo procedente la imputación al causante del primer resultado por el delito de homicidio culposo, mientras que, en caso contrario, esto es, cuando la infección y la muerte no son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el primer resultado, solamente es procedente la imputación por lesiones imprudentes.[509]

Otro sector de la doctrina acude a la distinción entre riesgos *persistentes* y riesgos *permanentes*. En cuanto a los primeros –riesgos persistentes– señala Cuello Contreras[510] con apoyo en Roxin que cuando estamos frente a resultados producidos cuando los riesgos de la primera lesión aún persisten y aparecen como su plasmación, deben ser imputados al causante del primer resultado. A título de ejemplo, indica Cuello Contreras, le será imputable al farmaceuta la infección ocasionada por un paciente que, como consecuencia del suministro

[507] Ibíd., p. 317.

[508] Ibíd., p. 317.

[509] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 374.

[510] CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. cit., 2002, p. 605.

imprudente de un medicamento, ha envenenado a un paciente que, por su débil estado de salud, contrae una infección en el nosocomio.[511], [512]

En cambio, estaremos en presencia de los denominados riesgos *permanentes* cuando la primera lesión para la víctima consiste en daños permanentes para la víctima, los cuales, una vez estabilizados, son decisivos para que se produzca un futuro accidente fortuito.[513]

Ejemplo: Como consecuencia de un indebido tratamiento médico, es necesario amputar una de las piernas del paciente. Años después, al encontrarse en un piso alto de un edificio, donde sucede un temblor de tierra fallece al no poder huir rápidamente.[514]

La solución que plantea Reyes Alvarado y que estimamos correcta parte de distinguir una serie de eventos. Así, debe diferenciarse entre si el segundo resultado es ocasionado por el riesgo general de la vida, o por una conducta constitutiva de riesgo desaprobado creada por el autor o por un tercero, o, por último, si constituye la realización del riesgo creado por el autor.[515]

Si el segundo resultado se explica por el riesgo general de la vida o por una conducta de la propia víctima o de un tercero, no será procedente la imputación al autor del primer resultado, lo cual sólo sucederá cuando el segundo resultado solamente sea explicable como una consecuencia del resultado creado por el autor, el denominado *primer* resultado.

2.2.1.2.2. Daños pasajeros

En los daños pasajeros el daño provocado por el primer autor no significa para la víctima un estado de incapacidad permanente pero le genera una indefensión de carácter transitorio durante la cual se produce una nueva afectación a su vida e integridad personal.[516] La discusión gira nuevamente en torno a la posibilidad de imputar el segundo resultado al autor del primer resultado.

---

[511] Ibíd., p. 606.

[512] Ibíd., p. 606.

[513] Ibíd., p. 606.

[514] Ibíd., p. 607.

[515] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 323.

[516] Ibíd., p. 324.

Por ejemplo, señala Reyes Alvarado, se presenta este caso cuando "*contrariando la prescripción médica, un farmaceuta vende a una cliente un fuerte compuesto vitamínico, que al serle suministrado por la madre a su pequeño hijo de cinco meses de edad le provoca una fuerte intoxicación vitamínica. Para conjurar el peligro de un envenenamiento, el menor es trasladado a un centro hospitalario, en donde contrae una gripe que finalmente le causa la muerte*".[517]

Siguiendo a Reyes Alvarado, estos casos pueden ser resueltos mediante la teoría de la imputación objetiva sin necesidad de acudir a criterios adicionales a los que formulan esta teoría. En tal sentido, si se establece que la muerte del menor se debió a que la intoxicación producida por el fármaco equivocado redujo sus defensas corporales a unos niveles que le imposibilitaron defenderse contra el virus de la gripe, el fallecimiento del menor le será imputado a quien suministró el medicamento equivocado al menor, por el contrario, si se demuestra dentro del respectivo proceso que la muerte del menor se debió al virus de la gripe sin que en ello tuviese nada que ver su condición de debilidad, debe negarse la imputación objetiva del resultado a quien suministró el medicamento.[518]

Un interesante caso sobre esta cuestión fue juzgado por la Corte Suprema de Justicia alemana, en el supuesto en que un médico cirujano realiza de manera equivocada una cirugía, siendo necesario repetirla para remediar las fallas en que había incurrido. Durante la segunda operación el paciente falleció debido a que no pudo soportar la anestesia.[519]

Nótese como en este caso hay un riesgo desaprobado determinado por la primera intervención sobre el paciente,[520] y lo que debe establecerse es si el resultado lesivo –muerte– debe ser imputado al profesional de la salud.

Reyes Alvarado sostiene que en este caso el resultado muerte le será imputable al cirujano cuando dentro del proceso se demuestre que el fallecimiento de la víctima se debió a que el estado de debilidad en que lo puso la primera intervención quirúrgica no le permitió resistir los efectos de una segunda aneste-

[517] Ibíd., p. 325.

[518] Ibíd., p. 325.

[519] Ibíd., p. 326.

[520] Ibíd., p. 326.

sia.[521] En contra, el resultado muerte no le será imputable al médico que realizó la primera intervención de manera equivocada si se establece que el fallecimiento del paciente se debió a una hipersensibilidad a la anestesia que en el caso concreto resultaba imposible reconocer para los médicos.[522]

2.2.1.2.3. Daños de shock

Mediante la denominación de daños de shock se engloban los casos en los que un autor realiza un primer resultado y una tercera persona, diversa de la víctima pero unida a ella a través de vínculos afectivos, sufre daños como consecuencia de la percepción o conocimiento de la primera afectación al bien jurídico.[523]

Ejemplo: La madre sufre un colapso nervioso al enterarse que su hijo falleció en un accidente automovilístico.[524]

Al referirse a los daños de shock, indica Roxin que *"[E]l fin de protección de la prohibición penal de matar o lesionar no consiste en preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas".*[525] Por otra parte, para el caso de los daños a consecuencia de otros Roxin introduce una serie de distinciones para determinar la imputación del resultado final. En primer lugar, señala que si el daño derivado de un accidente evoluciona continuamente en poco o mucho tiempo hacia la muerte, si concurren los requisitos de la imprudencia se debe apreciar un homicidio imprudente.[526] La imputación a título de homicidio imprudente debe mantenerse, en criterio de Roxin aún cuando el deceso se produzca tras muchos años de enfermedad.[527] En segundo lugar, afirma Roxin, cuando la enfermedad se detenga sin que sea posible un restablecimiento pleno las consecuencias que sobrevengan posteriormente que se deriven de la reducción general de la capacidad de resistencia y rendimiento, se encuentran por fuera del ámbito de aplicación del

---

[521] Ibíd., p. 325.

[522] Ibíd., p. 326.

[523] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 328. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 303.

[524] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 328.

[525] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1012.

[526] Ibíd., p. 1012.

[527] Ibíd., p. 1012.

delito de homicidio imprudente, por lo que no deben ser imputadas al causante del primer resultado.[528]

Para resolver los casos de daños de shock la doctrina suele negar la imputación del segundo resultado al autor del primer resultado acudiendo al ámbito de protección de la norma.[529] Así, suele señalarse que los daños producidos al conocer la primera afectación al bien jurídico quedan por fuera del ámbito de las normas que tutelan la integridad persona. Se afirma entonces, por parte de los cultores de esta tesis, que las normas que protegen la vida y la integridad personal de los ciudadanos tutelan solamente a la persona que es afectada con la acción antijurídica y no a terceras personas que puedan resultar afectadas por el conocimiento del hecho.[530]

Anteriormente ya tuvimos la oportunidad de referir las críticas al ámbito de protección de la norma el cual se antoja confuso y cuya ubicación sistemática es igualmente imprecisa, por lo que consideramos que no es correcto resolver estos casos acudiendo a tal criterio. Como indica Reyes Alvarado, "*la invocación del fin de protección de la norma es demasiado genérica, puesto que con su ayuda se pretende colocar bajo la tutela penal solo aquellas conductas que resulten de interés para el derecho penal, pero no se ofrecen los mecanismos necesarios para determinar en cada caso cuáles son esas conductas que al derecho penal no le incumben*".[531]

Al respecto, si bien se crea un primer riesgo jurídicamente desaprobado que desencadena un resultado, el sufrir una consecuencia adversa como consecuencia de recibir una noticia indeseada forma parte de los denominados *riesgos generales de la vida,* y es este riesgo general de la vida el que explica el segundo resultado –esto es, el que se desencadena como consecuencia de conocer la noticia– por lo que debe negarse la imputación de este resultado al causante del primer resultado.[532]

---

[528] Ibíd., p. 1012.

[529] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, p. 326.

[530] Ibíd., p. 326.

[531] Ibid., p. 329.

[532] Ibid., p. 330.

2.2.2. La teoría del incremento del riesgo

Resulta obligada la referencia a la teoría del incremento del riesgo[533] formulada por Roxin a partir de una serie de casos sobre los que ya tuvimos la ocasión de referirnos anteriormente, pero que volvemos a enunciar, limitando la exposición a casos relativos a lo médico.

Caso del fósforo.[534] El médico receta a un menor una dosis de fósforo. Se le aplica al menor la dosis, quedando la madre del menor muy satisfecha por los resultados obtenidos. Por lo anterior, acude al día siguiente nuevamente donde el farmaceuta, y, careciendo de prescripción médica solicita una nueva dosis, a lo cual el farmaceuta accede. El menor fallece de sobredosis de fósforo. En el proceso se comprueba que si el farmaceuta hubiese consultado al médico tratante, éste hubiese autorizado la expedición de la dosis.

Caso de la anestesia y la cocaína.[535] Un médico debe aplicar anestesia a un paciente. Frente a si tiene el compuesto anestésico y una jeringa con cocaína. Equivocadamente, aplica cocaína. El paciente fallece por sobredosis de cocaína. En el proceso contra el médico se demuestra que, de haber aplicado el compuesto anestésico, el paciente hubiera generado una reacción adversa imprevisible y desconocida, por lo que igualmente hubiera fallecido.[536]

Caso de la anestesia.[537] Para la fecha de los hechos, era obligación que el odontólogo antes de aplicar la anestesia al paciente consultara con un médico. El odontólogo omite consultar con un médico y aplica la anestesia. El paciente fallece como consecuencia de la aplicación de la anestesia. En el proceso se demuestra que, de haber llamado al médico, éste hubiera aprobado la aplicación del compuesto anestésico.

---

[533] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

[534] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 219. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

[535] El caso en ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, p. 144. FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 32. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo Op. cit., 1987, p. 272.

[536] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 140 y 257. Para una interpretación del mismo, FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., 2002, p. 46. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo Op. cit., 1987, p. 272.

[537] MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 230. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

En una formulación sencilla de la teoría del incremento del riesgo, tendremos que no procederá la imputación del resultado cuando se establezca, con certeza que, si el agente hubiese obrado correctamente, el resultado igual se hubiese producido, pues en este caso, en palabras de ROXIN, *no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento".*[538] De lo contrario, cuando no exista ese grado de certeza, el resultado deberá ser imputado al agente, por cuanto, en palabras de Roxin, *todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor*.[539]

En igual sentido, Montealegre Lynett señala que los resultados lesivos para el paciente le serán imputables al médico cuando éste tenga la posibilidad material y técnica de influir con su conducta el estado del paciente sin importar "*que no existiera seguridad de éxito si hubiera actuado*".[540]

Sobre la teoría del incremento del riesgo, encontramos dos críticas principales, a las cuales nos adherimos, y formulamos una tercera observación. En primer lugar, afirmar la imputación del resultado en aquellos casos en los que no haya certeza sino una probabilidad sobre si con un comportamiento alternativo conforme a derecho se hubiese evitado el resultado, es contrariar el principio *in dubio pro reo,* tal y como lo afirmamos *supra*. En efecto, en la concepción que aquí se defiende, la determinación del riesgo se realiza, como hemos ya mencionado anteriormente mediante, la supresión mental del riesgo creado, de manera que si el resultado efectivamente acontecido desaparece es porque el riesgo se realizó en el resultado. Por el contrario, si suprimido mentalmente el riesgo, el resultado subsiste, es porque el riesgo creado no es la causa del resultado.

Esta determinación, en el campo que acá nos interesa debe realizarse mediante una opinión experta y *ex post*,[541] es decir, mediante el criterio de un perito que, a efectos de poder realizar la imputación del resultado, debe determinar si, con certeza, de haber obrado correctamente el resultado se hubiera podido evitar, teniendo en cuenta la manera en concreto en la que se desarrolló el suceso. En aquellos casos en que haya duda de si obrando correctamente el resultado se

---

538 ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 378. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo Op. cit., 1987, p. 272.

539 ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 378. Igual en, PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 305. PULITANO, Domenico. Op. cit., 2005, p. 387.

540 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 308.

541 ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 381.

hubiera podido (nivel de probabilidad o de posibilidad) evitar, lo correcto es dar aplicación al principio de *in dubio pro reo*, y negar la imputación del resultado.

En segundo lugar, se objeta a la teoría del incremento del riesgo el que con ella se convierten, en contra de lo que establece la Ley, delitos de resultado en delitos de peligro. En efecto, el establecer la relación de riesgo en aquellos eventos en los que, si bien se incrementa el riesgo para el bien jurídico sin que pueda determinarse, con certeza el que ese riesgo es el que concreta la lesión del bien jurídico, es sancionar por la sola causación del riesgo, lo cual, efectivamente convierte los delitos de lesión el delitos de peligro.

En tercer lugar, la teoría del incremento del riesgo falla al suponer que solo puede haber una manera correcta de actuar, en tanto que en la realidad pueden existir toda una constelación de actuaciones correctas a las que podría el intérprete acudir para determinar la realización del riesgo.

En últimas, nos separamos de la concepción de Roxin en lo que tiene que ver con la teoría del incremento del riesgo y sostenemos que lo relevante a estos efectos es determinar si el riesgo se realizó en el resultado mediante la aplicación del criterio que aquí hemos defendido.

Sobre la misma cuestión de la realización del resultado, Roxin se ocupa de una serie de casos en los que, si bien el resultado no se realiza de la manera prevista por el autor, sí constituyen la realización del peligro causado por el agente, casos que pasamos a esbozar a continuación.

- Un sujeto quiere acabar con la vida de otro que no sabe nadar por lo que lo arroja de la parte superior de un puente con la finalidad de que éste se ahogue. Al caer del puente, la persona se estrella con la base del puente y se desnuca, perdiendo la vida.
- Alguien quiere matar a otro con un hacha. La víctima no muere por los hachazos, sino por infecciones causadas por el hacha.
- Un herido inconsciente sufre un vómito y se ahoga con su propia materia estomacal.
- *Caso del delirio sangriento*: La autora quiere matar a la víctima con un martillo, los martillazos inicialmente no mortales ponen a la agente en un estado de delirio a causa de la sangre, estado que la tornó en inimputable y en cuyo estado mató a la víctima con un hacha.

Aplicando el criterio anteriormente indicado, entiende Roxin que estamos, en estos casos, frente a un incremento del riesgo del peligro causal subsiguiente de modo relevante, de manera que los resultados constituyen, efectivamente, una manifestación del riesgo creado por el autor, de manera que debe afirmarse la imputación del resultado a título de delito consumado en estos casos.

En tercer lugar, en criterio de Roxin, en aquellos eventos en los que, si bien un sujeto crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado lesivo para el bien jurídico, lo realiza para reducir el riesgo en que se encuentra el bien jurídico, no habrá imputación objetiva.[542/543] Tampoco procederá la imputación de la conducta, en criterio de ROXIN, cuando se sustituye un riesgo que ya se encuentra en curso, por otro cuya lesividad sea inferior al riesgo que busca evitarse, como cuando se arroja al niño de una ventana para evitar que muera en un incendio que se desarrolla en la vivienda.[544]

Señala Montealegre Lynett que la institución de la disminución del riesgo es de gran utilidad en materia de derecho penal médico, en la medida en que excluye la aplicación de las causales de justificación usualmente empleadas para resolver casos de frecuente ocurrencia, como cuando el médico ocasiona daños a una persona para evitar riesgos de mayor gravedad a futuro.[545]

3. Análisis de casos concretos sobre realización de riesgos en materia médica

El este apartado del presente capítulo, partiendo de la base de que ya hemos esbozado la manera como se determina la relación de causalidad entre el riesgo y el resultado, pasaremos a analizar casos concretos en los que tomamos creaciones de riesgo desaprobados y determinamos los resultados lesivos que para el bien jurídico integridad personal del paciente podrían generarse.

---

[542] ROXIN, Claus. Op. cit., 1991, pp. 128 y ss.

[543] Por ejemplo, la jurisprudencia francesa, en fallo de la Sala de Casación Civil del 7 de octubre de 1998, señala que no hay reparación si el perjuicio sufrido con ocasión del acto médico no informado y por ende no consentido es menor que aquel que deriva de la no realización del acto quirúrgico mismo. Esta misma postura se reitera en el fallo del 27 de septiembre de 2002.

[544] ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 366.

[545] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

3.1. Problemas concretos sobre realización de riesgos en las fases del acto médico

En primer lugar, en cuanto a la fase del diagnóstico, se pueden presentar las siguientes situaciones,[546] dejando en claro que se trata de un enunciado que de ninguna manera puede abarcar todas las posibles situaciones que se pueden presentar en esta fase.

Hemos sostenido que el diagnóstico debe realizarse de manera personal, no pudiendo el profesional de la salud realizar el mismo sin valorar al paciente de manera personal y directa, o confiando en el diagnóstico que ha realizado otro profesional de la salud.

Proponemos dos hipótesis diferentes sobre el punto. La primera es cuando el médico no realiza el diagnóstico personalmente, sino que, por ejemplo, realiza una medicación a quien valoró por teléfono,[547] o por Internet, y la segunda se sucede en el evento en el que el médico confía en la valoración y el diagnóstico que ha realizado previamente otro profesional de la salud.

En el primer ejemplo, supongamos el caso de un profesional de la salud que atiende una consulta telefónica de una madre que refiere que su pequeño presenta diarrea desde hace más de tres días y, sin valorar al menor y sin practicar los exámenes diagnósticos pertinentes – coproscópico– , procede a formularle piperazina, la cual le causa una falla renal; esto último, porque, como lo hemos sostenido, aquellas infracciones al deber de cuidado que no se concreten en un resultado típico quedarán, en los casos en que se cumplan los presupuestos para ello, abarcadas en la órbita del derecho ético-disciplinario.

En la medida en que en el interior del proceso se demuestre que el detrimento en la salud del usuario del sistema de seguridad social se deba a ese medicamento (piperazina), es clara la procedencia de la imputación del resultado al profesional de la salud.

---

[546] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 41.

[547] Un caso de atención telefónica por parte del médico que genera una lesión para el paciente lo encontramos en la Sentencia del 8 de noviembre de 2007 emanada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España en la que una paciente llama a un médico quien la atiende telefónicamente y entiende que se trata de una gastroenteritis cuando en realidad se trata de un desprendimiento prematuro de placenta normo-inserta lo cual conlleva una pérdida del embarazo y necrosamiento del útero.

Interesante es el caso en el que el profesional de la salud diagnostica al paciente y le recomienda tomar alprazolam, medicamento cuya distribución se encuentra controlada. A pesar de lo anterior, el farmaceuta entrega el medicamento al paciente, quien, como consecuencia del efecto del medicamento en su organismo, sufre una leucopenia y una agranulocitosis.

Se trata de un caso donde existen dos riesgos creados, es decir, la indebida formulación por parte del profesional de la salud del medicamento y la expedición del mismo por parte del farmaceuta. Lo procedente es entonces determinar cuál fue el que se concretó en el resultado, debiendo entonces suprimir mentalmente los dos para determinar en qué evento el resultado desaparecería al suprimirse uno de los riesgos.

Consideramos que se trata del riesgo creado por el médico, pues aun imaginando que el farmaceuta hubiese actuado correctamente, el resultado se hubiese producido, en tanto que lo que induce al paciente a aplicarse el medicamento es la actuación del profesional de la salud.

En cuanto al segundo supuesto que estamos trabajando, es decir, en el evento en el que un profesional de la salud confíe en un diagnóstico errado que hubiere realizado otro profesional de la salud, es necesario igualmente determinar cuál de los dos supuestos es el que determina la producción del resultado.

Un conocido supuesto es aquel en el que ingresa a una institución hospitalaria un paciente que presenta una hemorragia a nivel de la región occipital y el médico (A) que lo atiende considera que es necesario realizar una sutura para lo cual debe rasurar completamente la cabeza del paciente. Se realiza el cambio de turno, de tal manera que el paciente queda a cargo del médico B quien confía en el diagnóstico del paciente realizado por el médico A y procede a rasurar al paciente, momento en el que se percata de que no era necesario rasurarlo, ni tampoco era necesario suturarlo pues se trataba de una herida superficial.

En este caso, nótese, existen dos riesgos desaprobados creados. Por una parte, el del médico que se equivoca en el diagnóstico, y el del segundo profesional de la salud que confía indebidamente el médico B y procede a aplicar la terapia derivada de un error en el diagnóstico.

Sin embargo, el riesgo que se concreta en el resultado lesivo para la integridad del paciente es el creado por el médico que no elabora el diagnóstico y confía en el que ha realizado su colega, pues es este suceso el que permite ex-

plicar el resultado, lo que no sucede con un diagnóstico errado que no aplicó directamente en el paciente el médico A.

Sosteníamos anteriormente que es obligación del médico examinar al paciente no solamente desde lo físico, sino entendiéndolo como una unidad en la que para su bienestar confluyen tanto lo físico, como lo psicológico. Un supuesto se presenta en el evento en que el médico, por ejemplo, en la anamnesis de un paciente de 35 años no indague sobre sus antecedentes familiares, donde hubiera constatado que su padre y su abuelo habían fallecido de infarto al miocardio, como consecuencia de lo cual no considera como posible diagnóstico una cardiopatía, la cual termina ocasionando el deceso del paciente.

En este caso, el médico ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en un resultado lesivo, por lo que es procedente la imputación objetiva del resultado al profesional de la salud.

Otra obligación del médico se cristaliza en el deber que le asiste de realizar todos los exámenes necesarios[548] empleando los avances tecnológicos posibles. Habría imputación objetiva cuando, por ejemplo, a la hora de elaborar un diagnóstico no se practique, cuando la ciencia lo permita, los exámenes necesarios para establecer la situación del paciente y así mismo descartar algunas posibilidades.

Se presentaría este caso cuando el profesional de la salud prescinde de la realización de un TAC de abdomen, examen necesario para descartar la presencia de un carcinoma de células claras del riñón en un paciente que presenta hematuria, masa palpable y dolor costovertebral.

Para terminar con la fase del diagnóstico, diremos que crea un riesgo jurídicamente desaprobado el médico que no presenta la información al paciente relacionada con su estado de salud actual, el tratamiento a aplicar y los riesgos que se desprenden tanto de la aplicación como de la no aplicación de la terapia. En este evento, las consecuencias que se desprendan de la intervención en el cuerpo del paciente serán una intervención ilícita en su humanidad y por ende

[548] Sobre el punto de la práctica de exámenes necesarios, puede confrontarse la Sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica, del 15 de febrero de 2000. En igual sentido en la sentencia de la Corte de Casación Civil italiana del 2 de julio de 1991 en el que un odontólogo somete al paciente con disodontiasis 8-8 a una intervención quirúrgica de extracción sin realizar los exámenes necesarios para verificar el grado de desmineralización ósea por tratarse de un paciente sujeto a hemodiálisis por lo que se le fractura la mitad derecha de la mandíbula y la separación del tramo ascendente de la mandíbula derecha.

serán objetivamente imputables al médico, por ejemplo, a título de lesiones o de homicidio culposo.

En la fase del tratamiento, los deberes del profesional de la salud se relacionan con el deber de mantenerse dentro del riesgo permitido, el deber de mantenerse dentro de la *lex artis*, el deber de evitar acciones peligrosas y el deber de realizar acciones de salvamento.[549]

En este orden de ideas, una vez se ha realizado el diagnóstico y se ha establecido el riesgo permitido de la intervención, el médico debe sujetarse en su actuación al mismo, no siéndole permitido llevar a cabo procedimientos experimentales en el paciente. Así mismo, frente a una situación de urgencia, es su deber realizar las acciones que conduzcan al salvamento de la vida del paciente.

> **Ejemplo**: crea un riesgo desaprobado el médico que diagnóstica una hipertensión arterial de difícil manejo y decide que el tratamiento es dar jugo de curuba en vez de los antihipertensivos. En este caso, al presentarse la muerte del paciente, el médico será responsable del delito de homicidio culposo.

3.2. La culpa por asunción del riesgo[550]

3.2.1. Presentación de la problemática

La culpa por asunción del riesgo se presenta cuando el médico asume la terapia de un paciente cuyo tratamiento no corresponde a la especialidad del médico que recibe al usuario.

> **Ejemplo**: el médico general que asume la realización de ecografías obstétricas, cuando no está calificado para ello.

En este caso, como lo anticipamos, se presenta la denominada culpa por asunción del riesgo,[551] y el médico será responsable del resultado lesivo que

---

549 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2002.

550 JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 624.

551 ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 1010. Señala ROXIN: *quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a*

llegare a producirse sobre el paciente[552] siempre que el resultado haya sido causado por la falta de pericia del profesional de la salud.

En otras palabras, el que un médico asuma una terapia para la cual no se encuentra capacitado no significa que deba responder por el resultado lesivo que se produzca en el paciente, siendo necesario establecer que la falta de pericia por parte del profesional de la salud fue la causa del detrimento a la integridad personal del paciente.

Esto deberá demostrarse mediante dictamen pericial, evaluando si, de contar con las destrezas requeridas para resolver la situación, el resultado lesivo se hubiera podido evitar.

Como acertadamente sostiene Jescheck, la culpa por asunción del riesgo guarda alguna similitud con la *actio libera in causae*[553] en la medida en que en ambas situaciones concurre en el autor una anticipación temporal del reproche por la culpabilidad. La diferencia entre la *actio libera in causae* y la culpa por asunción del riesgo, radica en que en aquélla el autor genera culpablemente un estado en el que carece de libertad y que aprovecha para cometer una acción punible. Por el contrario, en la culpa por asunción del riesgo, al autor se le reprocha ponerse en una situación en la que es capaz de culpabilidad pero en la que no está a la altura de los deberes de cuidado que le eran exigibles.[554]

---

insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción). Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo".

[552] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 41. Un ejemplo lo tenemos en el siguiente caso: En Sentencia del 22 de junio de 2004 el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ocupa de un caso en el que una paciente se somete voluntariamente a una intervención quirúrgica de reducción de mamas orientada a remediar los dolores de espalda derivados de una hipertrofia mamaria y una osteoporosis en fase inicial. De la intervención se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona aureola-pezón, riesgo que no le fue informado a la paciente. La intervención fue practicada por un cirujano no especialista en cirugía plástica y el postoperatorio no fue el adecuado para este tipo de intervenciones.

[553] JESCHECK, H. H. Op. cit., 2002, p. 308.

[554] Ibíd. p. 641.

3.2.2. Tratamientos innecesarios para la salud del paciente

Montealegre Lynett señala que en el evento en que se asuma un tratamiento quirúrgico innecesario sobre un paciente y se produzca el deceso de este último, el médico será responsable de homicidio culposo aún cuando la muerte se produzca por reacciones incontrolables y súbitas del paciente.[555]

Al respecto, consideramos que no toda intervención que se realiza en un paciente *sano* es constitutiva de riesgo desaprobado, pues hay eventos donde la persona se encuentra sana y se realizan intervenciones sobre ella, como cuando alguien se corrige un aspecto estético de su corporalidad. Lo que constituye un riesgo desaprobado es la realización de una intervención no consentida por el paciente, pero ello de ninguna manera supone una responsabilidad en cabeza del profesional de la salud, pues es necesario, en el evento en que se produzca un resultado lesivo para el paciente, determinar que ese resultado se encuentra vinculado al riesgo creado y claramente se debe tener en cuenta si el mismo era previsible para que pueda establecerse la responsabilidad del médico.

> **Ejemplo**: Realizada una intervención consentida sobre una mujer, pensemos en una cesárea, estando aún la parturienta bajo el efecto de la anestesia y el médico decide realizarle una mamoplastia. La mujer fallece por un paro cardio-respiratorio que nada tiene que ver con la intervención a la que se le estaba sometiendo en ese momento.

En este caso, según la tesis de Montealegre, el médico, por el solo hecho de iniciar la mamoplastia, sería responsable de homicidio culposo. Por el contrario, en la tesis que aquí se defiende, es necesario determinar que fue la asunción del tratamiento innecesario por parte del médico lo que causó el resultado para que pueda imputársele la muerte. De lo contrario, deberán aplicarse las reglas anteriormente señaladas para los tratamientos médicos no consentidos.

En la fase del post-tratamiento, el médico debe acompañar al paciente, verificando la evolución en el estado de salud del mismo. En este orden de ideas, habrá un riesgo jurídicamente desaprobado cuando el médico abandone al paciente durante esta fase, aún cuando su vigilancia al asuma otro profesional de la salud.

---

[555] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 292.

En efecto, hemos sostenido que uno de los principios que rigen el sistema colombiano de seguridad social es el de calidad y unidad en el tratamiento, de manera que habrá un riesgo desaprobado en el supuesto en que un mismo paciente es valorado por diferentes profesionales de la salud y otros son los encargados de aplicarle la terapia.

3.2.3. El estado de necesidad como excluyente de responsabilidad en casos de asunción del riesgo. Referencia a la colisión de deberes

Para terminar este apartado, nos referiremos al caso en el que por una situación de riesgo para la vida del paciente, el profesional de la salud asume un riesgo para el cual no se encuentra capacitado y, en general, a otros supuestos en los que le profesional asume un riesgo en condiciones no idóneas pero con la finalidad de salvar la integridad del paciente.

> **Ejemplo**: El estudiante de medicina A, estando de paseo con su familia asume la realización de maniobras de reanimación de uno de sus familiares. Estas maniobras resultan infructuosas. En el proceso se demuestra que de haberse realizado las maniobras de manera correcta, se hubiera podido revivir al paciente.

En este caso, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado es evidente, pues se realizan maniobras de salvamento sin estar capacitado para ello, y en la mayoría de los casos, ello supondrá un incremento del riesgo para la vida del paciente.

En estos casos, consideramos que concurre un estado de necesidad que excluiría la responsabilidad del médico por los daños inferidos al paciente, como procedemos a argumentar a continuación.

Doctrinalmente, se entiende que en el estado de necesidad hay una situación de peligro actual para intereses legítimos que solamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos de terceros, de manera que solamente podrá cumplirse un deber infringiendo otro.[556] Doctrinalmente es frecuente la distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante; en el prime-

[556] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2004, p. 446.

ro, se requiere que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar,[557] mientras que en el segundo los intereses en conflicto son de la misma entidad.[558]

Como señala Mir Puig, una de las formas del estado de necesidad es la denominada *colisión de deberes*[559] en la que un sujeto debe infringir un deber para cumplir con otro. Siguiendo al mismo autor, se señala que en este caso el sujeto que actúa en estado de necesidad está obligado a actuar, no como en los demás casos de estados de necesidad en los que se faculta al sujeto para intervenir.[560]

La consecuencia de la distinción entre el estado de necesidad por colisión de deberes y las demás formas de estado de necesidad, radica en que, mientras que en los casos genéricos de estado de necesidad justificante sólo se justificaría la lesión de un bien jurídico *esencialmente inferior* al bien jurídico que se salva, en la colisión de deberes resultaría justificada la infracción de un *deber ligeramente* inferior al que se cumple.[561]

Resolviendo los casos problemáticos analizados, señalaremos entonces que en estos supuestos colisionan dos deberes en cabeza del médico, por una parte, el de evitar u omitir acciones peligrosas y, por otra, el de realizar acciones de salvamento. Consideramos que el admitir la tesis de la colisión de deberes como una manifestación del estado de necesidad, nos permite afirmar la justificación de esta conducta, sin que sea necesario realizar una ponderación entre los deberes en conflicto, como lo son el deber de evitar acciones peligrosas y el deber de realizar acciones de salvamento.

Diremos entonces en conclusión, que la culpa por asunción del riesgo podrá justificarse por la vía del estado de necesidad excluyente de la antijuridicidad cuando se realicen medidas para las que no se está capacitado en aras de intentar salvar la vida del paciente.

El mismo estado de necesidad por colisión de deberes podrá invocarse en los supuestos de culpa por asunción del riesgo en aquellos eventos en los que el médico asume el riesgo al realizar intervenciones o procedimientos en con-

[557] Ibíd., pp. 446 y 450.

[558] Ibíd., p. 450.

[559] Ibíd., p. 447.

[560] Ibíd., p. 448.

[561] Ibíd., p. 448.

diciones no óptimas para su realización, como quien atiende un parto en medio de la carretera.

En este caso, nuevamente concurre la creación de un riesgo desaprobado y su realización en un resultado lesivo, pero la conducta no será punible en virtud de la concurrencia de un estado de necesidad que, en virtud de la colisión de deberes, implicará la ausencia de antijuridicidad de la conducta.

3.3. Realización de riesgos en casos en los que una omisión del profesional de la salud posibilita la lesión de un tercero

Por último, debemos referirnos al evento en el que, por una omisión en el actuar del profesional de la salud, el paciente pueda ocasionar lesiones a terceros. Montealegre Lynett nos cuenta un caso en el que un médico fue declarado responsable en Italia porque no reconoció la enfermedad mental de un paciente que tenía un comportamiento extraño, quien fue dado de alta sin ser internado en un sanatorio mental, causando posteriormente lesiones y muertes a terceras personas.[562] ¿Podríamos, en este caso, afirmar la responsabilidad del médico?

Consideramos, para resolver este caso, que es necesario diferenciar dos supuestos. Una es la cuestión cuando el paciente crea, conscientemente, un nuevo riesgo, caso en el cual no le será imputable al médico la actuación del paciente que posteriormente cacusa daños, pues el usuario conscientemente ha creado los nuevos riesgos para terceros.

La respuesta es la misma cuando el paciente se encuentre disminuido en sus facultades. Si esta disminución le permite comprender lo ilícito de su comportamiento, será su responsabilidad los daños que ocasione a terceros.

Otra cosa es cuando el paciente no cuenta con la facultad de discernir o de comprender la ilicitud de su conducta. En estos eventos, el médico asume la posición de garante derivada de la injerencia y le serán imputables los resultados que se causen posteriormente, en la medida en que el paciente los cometa en supuestos de ausencia de acción penalmente relevante, de ausencia de culpabilidad o de inimputabilidad.

---

[562] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 280.

> **Ejemplo**: La paciente consulta al médico por un cuadro gripal que le impide desarrollar su vida en condiciones normales. El médico receta unos medicamentos sin indicarle a la paciente que los mismos producen somnolencia. La paciente toma el medicamento y abandona el consultorio del médico. Posteriormente, toma su coche y mientras conducía es víctima de un ataque de sueño quedando dormida al volante. Consecuencia de lo anterior, produce un fuerte accidente.

En este caso, consideramos que al concurrir una causal de ausencia de acción para la paciente, el médico tiene la posición de garante en virtud de la injerencia y le será imputable el resultado a título de comisión por omisión.

Caso diferente sucede cuando, habiendo una imprudencia médica que crea un riesgo para el paciente o para terceros, un tercero genera un nuevo curso causal que explica el resultado.

> **Ejemplo**: Un paciente es dado de alta cuando debería ser internado por su situación. Al salir del hospital, es arrollado por un vehículo.

Este caso podría ser resuelto mediante la aplicación de la teoría del ámbito de aplicación de la norma, para señalar que la norma infringida por el médico, en este caso, la *lex artis*, no busca impedir la muerte de las personas en accidentes de tránsito. Sin embargo, un estudio detallado del caso nos permitirá entender que el riesgo creado por el médico no es el que explica el resultado, que se causó no por su impericia al dejar al paciente en tratamiento fuera del nosocomio, sino que lo que explica el mismo es la actuación de un tercero, en este caso, quien arrolló al paciente.

4. Particularidades

En este capítulo mostraremos algunos supuestos problemáticos en materia de imputación objetiva por supuesto referidos a la responsabilidad médica, con lo que claramente se dejarían por fuera bastantes supuestos problemáticos e interesantes de la teoría de la imputación objetiva.

4.1. La Responsabilidad penal por el producto

El desarrollo de la responsabilidad penal por el producto es bastante reciente, en tanto que fue hasta la segunda mitad del siglo XX cuando encontramos los célebres casos del Lederspray en Alemania[563] y el caso Colza en España, los cuales marcarán un hito en adelante.[564]

En el primer caso, un fabricante de *spray* para limpiar cueros no retira del mercado el producto a pesar de haber sido notificado por las autoridades de que el mismo estaba causando lesiones y muertes entre los usuarios del mismo. En el segundo, se trata de lesiones y muertes ocasionadas por la comercialización de aceite no apto para el consumo humano con fines de cocción de alimentos.

A partir de las soluciones que cada uno de los tribunales dio a estos casos se ha desarrollado la cuestión de la responsabilidad penal del fabricante, asunto que en materia de derecho penal médico tiene una gran relevancia, en tanto que es innegable la importancia que hoy en día el mercado farmacéutico ostenta en la economía, como una industria que no solamente es fuente de empleo, sino que genera unos recursos realmente importantes.[565]

El ejemplo clásico sobre esta cuestión es aquel en el que un producto farmacéutico que es aplicado correctamente a un paciente le ocasiona lesiones derivadas de una indebida elaboración del referido producto.

> **Ejemplo**: un paciente requiere que se le suministre alopurinol como tratamiento contra la artritis gotosa que padece. Sin embargo, el medicamento presenta alteraciones en su composición, lo que le ocasiona al paciente una falla hepática.

En este supuesto, como en todas las situaciones referentes a la responsabilidad por el producto, debemos iniciar afirmando que la persona jurídica del fabricante no es responsable penalmente, en tanto que en sistemas jurídicos como el colombiano aún impera el conocido aforismo *societas deliquere non*

---

[563] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 171.

[564] Sobre la responsabilidad penal derivada del producto, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 170.

[565] YEPES RESTREPO, SERGIO. Op. cit., 1999, p. 73.

potest, por lo que se sostiene –a partir de diversos argumentos– la irresponsabilidad penal de la persona jurídica.

Partiendo de lo anterior, es necesario entonces determinar, caso por caso, quién es la persona que creó un riesgo desaprobado al interior del fabricante en lo relacionado con la elaboración del producto y cómo ese riesgo jurídicamente desaprobado se concretó en el resultado lesivo para la integridad del paciente.[566]

Así, por ejemplo, cuando se trate de un defecto en la elaboración del producto, habrá que determinar en el interior de la empresa quién es el encargado del mismo y si en el proceso de fabricación de los medicamentos se cumplió con los estándares de calidad establecidos en las reglamentaciones correspondientes. En el supuesto en que la elaboración del producto se corresponda con lo establecido legal o reglamentariamente, no habrá riesgo creado, por lo que las lesiones no le serán imputables al encargado de la fabricación del producto.

> **Ejemplo**: una persona presenta un cuerpo extraño en un ojo, por lo que consulta al oftalmólogo. Este formula al paciente neomicina más polimixina en gotas oftálmicas. Al iniciar el uso del medicamento, el paciente presenta disminución de la agudeza visual; al consultar con el oftalmólogo nuevamente se evidencia que la neomicina más polimixina generó una reacción extraña en el paciente, que en todo caso era imprevisible y le ocasionó la pérdida de la visión.

Así mismo, cuando el fabricante haya obrado en contra de los reglamentos y las indicaciones para la fabricación del producto, habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado y le serán imputables los daños que en su integridad personal llegaren a sufrir aquellos usuarios que hubieren utilizado correctamente el producto.[567]

En este caso, la responsabilidad penal se deriva de los deberes que surgen del comportamiento previo peligroso para un bien jurídico, conocido como la responsabilidad por *injerencia.* Como hemos tenido oportunidad de señalarlo en otro lugar, la injerencia surge del deber que tiene todo aquel que ha generado

---

[566] Ibíd. p. 173.

[567] Ibíd., p. 171.

una situación de peligro (sin importar si es o no antijurídico) para un bien jurídico de evitar que ese peligro se concrete en una lesión para este bien jurídico.

En materia médica, la responsabilidad derivada de la injerencia se presentará en casos como los que estamos analizando, tal y como lo fundamentó el Tribunal Federal alemán en el caso del Lederspray,[568] en los que el fabricante crea un peligro para los usuarios del producto, por lo que, en el evento en el que el mismo se encuentre en el mercado, deberá retirarlo, pues de lo contrario le serán objetivamente imputables las lesiones que se llegaren a ocasionar a los usuarios de estos productos.

Si el producto no se encuentra en el mercado, deberá abstenerse de comercializarlo, pues de lo contrario le serán objetivamente imputables las lesiones y eventuales muertes que se pudieren llegar a ocasionar en los usuarios de este tipo de productos.

Puede suceder lo siguiente: un producto es elaborado por un fabricante que llamaremos Empresa Farmacéutica A. Sin embargo, la comercialización del mismo en determinado país estará a cargo de la Empresa Farmacéutica B, debido a que la Empresa Farmacéutica A no cuenta con instalaciones en ese país. La Empresa Farmacéutica A entrega un producto a la Empresa Farmacéutica B para que lo comercialice en su país. A su vez, la Empresa Farmacéutica B se vale de diferentes establecimientos para la comercialización del producto. Un usuario del medicamento fallece debido a que éste presentaba fallas.

En este caso, la muerte se produjo por fallas en el producto, por lo que la imputación objetiva recaería exclusivamente sobre el productor del mismo. En tal sentido, diremos que las obligaciones de la empresa comercializadora se limitan a adquirir el producto de manera legal, y comercializarlo, pero de ninguna manera le sería imputable una eventual falla en el mismo.[569]

Por el contrario, en la medida en que el producto haya sido elaborado de conformidad con las normas legales y los procedimientos establecidos para el efecto, no habrá lugar a la imputación de las eventuales lesiones que se ocasionaren en los usuarios del producto. Es evidente que nunca podrán eliminarse todos los riegos, por lo que en estos eventos lo exigible es la información de los

---

[568] Ibíd., p. 171.

[569] Ibíd., p. 172.

riesgos a los usuarios del mismo, así como la manera en que deben emplearse los productos y las contraindicaciones de los mismos.[570]

Interesante es la cuestión que se presenta cuando las lesiones o la eventual muerte del paciente es consecuencia del vencimiento del producto. En este caso, deberá determinarse el momento del vencimiento, de manera que si el producto se venció antes de ser entregado a la firma comercializadora, el resultado le será imputable objetivamente al fabricante. Si el producto se vence estando en poder de la comercializadora, será ésta quien cree un riesgo jurídicamente desaprobado, al igual que sucede en el evento en que el comercializador último (por ejemplo farmacia) lo expenda vencido, pues es su responsabilidad consiste en no vender productos vencidos.

Consideramos que en el evento de consumo de productos vencidos no es aplicable la figura de la imputación a la víctima, quien legítimamente puede confiar en que el producto que le es vendido se encuentra en óptimas condiciones.[571]

4.2. La responsabilidad derivada de la transmisión de enfermedades nosocomiales

Las enfermedades nosocomiales son aquellas que se transmiten por el ambiente y usualmente son la consecuencia de una indebida asepsia en los diferentes escenarios de una institución hospitalaria (v. gr. Salas de cirugía, salas de espera, etc.).[572]

---

[570] Ibíd., p. 171.

[571] Sobre la promoción, posibilitación o participación en autopeligros, cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, pp. 174 y ss.

[572] Sobre enfermedades nosocomiales, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, Sala F, del 21 de julio de 2006. En Francia, sobre enfermedades nosocomiales puede consultarse en fallo de la Sala de Casación Civil del 29 de noviembre de 1989. En el ámbito de la jurisdicción administrativa, los antecedentes sobre las enfermedades nosocomiales se encuentran desde el año 1960 en un caso donde un paciente contrajo sarampión en un ambiente hospitalario. En Colombia, el pronunciamiento hito al respecto es la sentencia del 8 de septiembre de 1998 emanada de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en la que señala que “las clínicas y hospitales pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquellas en *la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo”.*

A continuación analizamos las implicaciones que desde la teoría de la imputación objetiva pueden derivarse en el supuesto en el que el paciente resulta afectado en su salud como consecuencia de una enfermedad nosocomial adquirida por el ambiente.

Al igual que en el supuesto anterior, tenemos que iniciar por negar la posibilidad de que la institución hospitalaria responda penalmente como persona jurídica, pues, como lo señalamos, esta posibilidad es negada teóricamente.

Así pues, que lo procedente será determinar, en el interior de la institución hospitalaria quién sería el responsable de la asepsia del lugar en el que se transmitió la infección y determinar si las labores que se realizaron fueron las adecuadas para evitar este tipo de contagios en las instituciones hospitalarias. En el evento en que, teniendo claro que el responsable de la asepsia se demuestre que no cumplió con los mandatos legales o reglamentarios para este tipo de procedimientos, existirá una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual, de concretarse en un resultado lesivo para un bien jurídicamente tutelado, le será imputable objetivamente al garante del mismo.

En el evento en que, a pesar de haber cumplido con todos los requerimientos legales y reglamentarios para realizar la asepsia de la institución hospitalaria, se presente un contagio de una enfermedad nosocomial, estaremos frente a un supuesto del denominado *riesgo residual*[573], que se presenta cuando es imposible eliminar todo riesgo, por lo que el riesgo que queda recibe el nombre de *riesgo residual* y se encuentra dentro del riesgo permitido.[574]

4.3. Derivadas de manipulación de hemoderivados

La manipulación de sangre y hemoderivados plantea una serie de interrogantes bastante interesantes en materia de responsabilidad médica, que procedemos a analizar en el presente apartado. El presente capítulo se ocupa de dos asuntos nucleares en relación con esta cuestión, como lo son la transmisión de enfermedades en procedimientos de transfusión sanguínea y la aplicación del principio de confianza entre el profesional de la salud y los laboratorios en relación con

[573] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 243.

[574] Ibíd. p. 141.

los hemoderivados. Previamente, nos ocuparemos de algunos aspectos generales, para, posteriormente, ocuparnos de estos dos asuntos.

De conformidad con lo establecido por el artículo 3° del Decreto 1571 de 1993, se entiende por transfusión sanguínea "*el procedimiento por medio del cual, previa formulación médica y practicadas las pruebas de compatibilidad a que haya lugar, se le aplica sangre total o alguno de sus componentes a un paciente con fines terapéuticos o preventivos*".

En el mismo sentido, establece el referido Decreto 1571 de 1993 en su artículo 45 que *"[L]a transfusión de sangre humana o de sus componentes o derivados, con fines terapéuticos, constituye un acto propio del ejercicio de la medicina. Por consiguiente, la práctica de tal procedimiento deberá hacerse bajo la responsabilidad de un médico"*.

Importante resulta señalar que, de conformidad con esta misma norma, la responsabilidad del procedimiento de transfusión sanguínea recae en el médico, quien será el encargado de ordenar, aplicar y vigilar la transfusión.

Para realizar este procedimiento, exceptuando los casos de urgencia, se dispone que es deber del médico obtener consentimiento informado del paciente y estar pendiente de todo el procedimiento, y así mismo están en la obligación de vigilar constantemente la actuación de su equipo de trabajo.

En la medida en que la sangre y los hemoderivados son transmisores de diversas enfermedades, y que, al interior de los procesos de transfusión sanguínea pueden presentarse problemas de compatibilidad entre donante y receptor, usualmente con resultados fatales para este último, se dispone en nuestro ordenamiento jurídico que, previamente a la trasfusión, es necesario realizar diferentes exámenes a fin de determinar, primero, la compatibilidad entre donante y receptor, y segundo, la presencia de virus en la misma. En la práctica dichos exámenes los realizan los laboratorios que reciben la sangre y en algunos eventos las mismas instituciones hospitalarias cuentan con departamentos donde practican este tipo de exámenes.

En el caso de una situación en la que sea necesario realizar una transfusión sanguínea pero que no es una urgencia, es necesario que la sangre a transfundir haya sido analizada en relación con varios elementos, a saber, el tipo sanguíneo, el RH –procedimiento denominado compatibilidad sanguínea– y, así mismo, debe descartarse la eventual presencia de virus de la hepatitis B, VIH, etc. Ade-

más de estos exámenes, es presupuesto de este tipo de procedimientos la toma del consentimiento informado del paciente, quien deberá conocer su estado de salud, el por qué de la transfusión y los eventuales riesgos que ello conlleva, tanto en el evento que se realice como cuando no se realiza el procedimiento.

Claramente cuando los profesionales de la salud practican una transfusión sanguínea sin descartar la presencia de virus de la hepatitis B, de VIH, en la sangre a transfundir, o cuando no se ha realizado los exámenes pertinentes para verificar el tipo sanguíneo o el RH, ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual, en el evento de concretarse en un resultado lesivo para la integridad del paciente, le será objetivamente imputable.

En el caso de las urgencias –que curiosamente en esta norma reciben el nombre de urgencia *extrema* y no *urgencia* como lo hacen la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario– se dispone en esta normatividad que, en aquellos eventos en que se encuentre en peligro la vida de una persona y no exista la posibilidad de cumplir lo relacionado con la obligatoriedad de la práctica de pruebas para la detección de infecciones transmitidas por transfusiones sanguíneas o las pruebas pretransfucionales de compatibilidad, podrá practicarse por el médico tratante el procedimiento de transfusión sanguínea, siempre y cuando se hayan advertido los riesgos existentes y obtenido el consentimiento escrito del enfermo sus responsables, cuando sea posible.[575]

Se mantiene entonces la regla general del acto médico, y es la necesidad de obtener el consentimiento informado como presupuesto para la intervención en el paciente, siendo la urgencia la excepción a este principio y en la que se habla –como lo señalamos anteriormente– de consentimiento *presunto.*

En cuanto a los laboratorios y bancos de sangre,[576] en esta misma norma (Decreto 1571 de 1993) se disponen las directrices[577] que deben seguir los establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o sus hemoderivados y dispone importantes disposiciones, entre las cuales vale destacar las siguientes:[578]

---

[575] Artículo 47 del Decreto 1571 de 1993.

[576] Artículo 6º del Decreto 1571 de 1993. Esta norma contiene todo lo relativo a los bancos de sangre. Al respecto, pueden consultarse los artículos 9º y siguientes de esta norma.

[577] Especialmente, artículos 58 y siguientes del Decreto 1571 de 1993.

[578] Artículos 9º y siguientes del Decreto 1571 de 1993.

Establece la obligación para los bancos de sangre en el sentido de que deben adoptar un manual de normas y procedimientos que consigne las actividades de selección, recolección y tratamiento de las reacciones adversas a la donación, y el procesamiento, almacenamiento y distribución de las unidades sangre y sus hemoderivados.

En cuanto a la selección del donante[579] y vigilancia de la donación, se dispone que los bancos de sangre deben contar con los mecanismos para la atención médica oportuna al donante cuando se presenten reacciones adversas a la donación. Señala así mismo la norma bajo estudio, la necesidad de contar con mecanismos que garanticen la asepsia en la recolección de la sangre, elementos estériles.

Establece la norma en comento la necesidad[580] de que los bancos de sangre apliquen a los donantes y a los hemoderivados las pruebas de compatibilidad, de grupo ABO, factor RH, serología, hepatitis B y C, VIH, entre otros.[581]

En este orden de ideas, se creará un riesgo jurídicamente desaprobado cuando el banco de sangre no realice las pruebas necesarias para determinar,[582] por ejemplo, el factor RH del donante o el del receptor, o no se practican pruebas para descartar la presencia de enfermedades en la sangre y por ende, será procedente la imputación objetiva del resultado al responsable de estas pruebas al interior del banco de sangre.

En igual sentido, será procedente la aplicación del principio de confianza cuando en una institución hospitalaria se emplea sangre o hemoderivados provenientes de un banco de sangre que ha certificado el tipo sanguíneo, el RH o descartado la presencia de virus, a pesar de lo cual se produce un contagio o un rechazo derivado de una indebida examinación de la sangre por parte del Banco de Sangre.

---

579 Sobre el donante, Decreto 1571 de 1993, artículos 28 y siguientes.

580 Decreto 1571 de 1993, artículos 37 y siguientes.

581 En especial el artículo 42 del Decreto 1571 de 1993.

582 Así lo prevé expresamente el artículo 43 del Decreto 1571 de 1993.

Capítulo IV
Delito de omisión y responsabilidad penal médica

1. Presentación y delimitación de la temática

Uno de los ámbitos más discutidos en el reciente desarrollo del derecho penal es en el delito de omisión. Si bien su origen y conceptualización datan de hace ya bastante tiempo, en las épocas recientes encontramos la inclusión y el surgimiento de mayores delitos de omisión, y aparece una mayor preocupación sobre estos delitos tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia.

El caso del profesional de la salud y su responsabilidad penal por la vía del delito de omisión no es ajeno a esta tendencia pues encontramos en el Código Penal español de 1995 un delito específico para la omisión de socorro cometida por un profesional de la salud y, para el caso de la legislación penal colombiana, encontramos ya los primeros fallos y la consolidación inicial de lo que serán las bases de la estructura del delito de omisión.

Ante la importancia del tema, y su relación con la teoría de la imputación objetiva, y, por supuesto, su relevancia para realizar un abordaje completo de la responsabilidad penal del profesional de la salud, nos ocupamos en este capítulo de la responsabilidad penal del médico por omisión. De este modo, en el presente capítulo, explicaremos el concepto del delito de omisión, las clases de omisión, los elementos del delito de omisión, para posteriormente ocuparnos, concretamente, del fundamento de la posición de garantía por parte del profesional de la salud, definiendo si la misma surge por la vía de las fuentes formales, o si, por el contrario, podemos aplicar la tesis de las fuentes materiales.

2. Omisión

2.1. Concepto e identidad estructural con la conducta activa

En este primer apartado señalamos el concepto de omisión, y la evolución que esta institución ha tenido a lo largo de la teoría del delito. Definir y delimitar el concepto de omisión, nos permitirá comprender las clases de omisión y aplicar

posteriormente este concepto al campo de la responsabilidad penal médica, asunto del presente estudio.

En el lenguaje común, suele asimilarse omisión a inactividad, a un *no hacer.*[583] Pues bien, en el sistema del derecho penal, la omisión, más que *un no hacer,* se relaciona con el *no desarrollar una actividad que el sistema jurídico espera de una persona*, o, el no impedir un resultado concreto que el sujeto tiene el deber jurídico[584] de evitar.[585] Así, más que un no hacer, la omisión es el quebrantamiento de un deber específico[586] por parte de una persona.[587] Sobre ello afirma Mir Puig que "*el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta de la ordenada".*[588]

En este sentido, el concepto de omisión es uno claramente normativo, valorativo y entendemos que ontológicamente es imposible hablar de una omisión,[589] en tanto que su núcleo radica en la existencia de un deber,[590] insistimos, ya de actuar, ora de impedir un resultado. Como acertadamente señala Jescheck, lo decisivo en el delito de omisión es un problema normativo, en virtud del cual la comunidad confía en la intervención de alguien, quien, al no realizar aquello que la comunidad espera de él, infringe los intereses que le han

---

[583] Así, PALAZZO señala: "*La condotta umana si manifesta in due specie fondamentali diverse e assolutamente irriducibili l'una all'altra: l'azione (o condotta attiva, positiva o azione in senso stretto) e l'omissione (o condotta passiva, negativa). Mentre L´azione consiste in un fare, in uno o più movimenti corporei; l'omissione consiste in un non fare, in una inerzia corporea."* PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2000, p. 189.

[584] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 239.

[585] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 662. En contra, RODRÍGUEZ MOURULLO afirma que el concepto de omisión no debe estar ligado al de acción esperada pues, a su juicio, omitir es simplemente no hacer algo determinado lo cual puede captarse al margen de toda consideración valorativa. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 558. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 238.

[586] PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2000, p. 189.

[587] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Sobre los delitos de omisión y de comportamiento". En: *Estudios de derecho penal.* Ed. Tecnos. Tercera edición, Madrid, 1990. p. 182.

[588] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 309.

[589] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 1990. p. 182.

[590] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 559.

sido confiados y que permanecerán indefensos ante la ausencia de cualquier otro aseguramiento.[591]

En contra, Kaufmann entiende que el concepto de omisión es un concepto ontológico cuando señala que

> *(...) la omisión está constituida por la concreta capacidad de acción y la ausencia de la realización de esa acción. Es evidente que para ello es completamente indiferente la existencia de un mandato jurídico o de una valoración jurídica. De ahí se sigue, a la inversa, que la existencia de la omisión es independiente de que esté mandada la acción determinada a la que está referido el concepto de omisión. El ordenamiento jurídico no puede, de ninguna manera, hacer nacer mediante exigencias o valoraciones algo que, si no, no existiría; el acento valorativo no hace un Algo de una Nada, sino que únicamente puede hacer de un Algo un Algo valorado.*[592]

Gibernat indica que la omisión cuenta con un aspecto ontológico, que estaría dado por la posibilidad de realizar una acción y un aspecto valorativo que estará determinado por el deber de realizar el acto omitido.[593] A partir de allí, Gimbernat define la omisión como *"aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara".*

Si bien existe consenso en la doctrina en el sentido de que lo relevante en el delito de omisión es la existencia del deber, concurre una gran discusión sobre el fundamento del mismo, aspecto sobre el cual nos ocupamos a continuación, en la medida en que este aspecto permitirá sustentar, hoy en día, la equiparación estructural entre la acción y la omisión.

En el marco del derecho penal liberal, encontramos que en sistemas teóricos anteriores al concepto idealista de acción (Hegel) no se planteaban problemas en torno a la omisión. Recordemos que para la escuela hegeliana

[591] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 647.

[592] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 1990. p. 182.

[593] Ibíd., p. 184.

la acción es el concepto sistemático fundamental y a su vez este elemento se construye[594] sobre la base de la teoría de la imputación y, en el lo decisivo es la voluntad moral.

Si bien la punibilidad de las omisiones preocupa a los juristas desde la antigüedad, la discusión sobre el concepto de omisión, como concepto penal es reciente y su inicio se sitúa en el siglo XIX en época del dominio del causalismo.[595] Es a partir de entonces que la dogmática penal acepta que un delito contenido en la parte especial de los códigos penales no solamente puede cometerse por acción, sino también mediante omisión. El problema, entonces, es encontrar aquello que permita señalar que quien omite una acción esperada *causa* el resultado contenido en los respectivos tipos de la parte especial. Este problema inicia con el causalismo y a hoy no ha sido resuelto de manera convincente. A continuación, nos ocupamos de la evolución de esta discusión.

En épocas del causalismo, la necesidad de encontrar la identidad estructural entre la conducta activa y la comisión por omisión se encontró en la causalidad, de manera que se entendió que la omisión podría ser *causa* de un resultado, de modo que, por ejemplo, cuando un facultativo omite internar a un paciente que posteriormente fallece a causa de la no recepción del tratamiento se señalaba, sin mayor dificultad, que el médico era la causa de la muerte del paciente.[596]

Recordemos que en ese momento estaba vigente la famosa teoría de la *conditio sine qua non*, a la que nos referimos anteriormente, de manera que a esta tesis se le realizó un pequeño ajuste para señalar que, en el caso de la omisión en vez de realizarse una supresión mental de una de las causas, debería realizarse una adición mental, en la que el intérprete agregaría mentalmente la acción esperada y que fue omitida por el agente y si, el resultado desaparecía, es porque la acción omitida era causa del resultado. En contra, si a pesar de agregar mentalmente la acción esperada y finalmente omitida, el resultado se mantenía, era porque la omisión no era la causa del resultado.

---

[594] Ibíd., p. 184.

[595] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Ed. B de F. Montevideo, Segunda edición, 2006. pp. 25 y ss.

[596] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 396.

El criterio de la causalidad pronto mostraría su insuficiencia como elemento que permitiría la identidad estructural entre la conducta activa y la omisiva, pues conocidas son las críticas –sobre las cuales nos ocuparemos a profundidad posteriormente– a este concepto. En primer lugar, se señala que en la omisión no puede haber una causalidad, pues de la nada, nada puede surgir.[597] En segundo lugar, se indica que no toda omisión de causar un resultado podría considerarse como penalmente relevante,[598] pues en el evento en que la madre omite alimentar a su hijo que posteriormente fallece, también podrían considerarse omitentes los vecinos, los transeúntes que se percataron de la situación y a estos últimos no se les asigna responsabilidad penal.

Frente al fracaso del criterio de la causalidad como elemento que permite la equiparación entre el actuar positivo y el omisivo, y a raíz de la superación de la dogmática causalista y la imposición del neokantismo, la doctrina buscó en la antijuridicidad el elemento que permita justificar tal equiparación y fue así como surgió la teoría formal de las fuentes de deber.[599] Determinante en ello es la influencia que ejerce el pensamiento de Mezger dentro de la escuela neokantiana del derecho penal, quien señala que lo relevante en la omisión no es una mera inactividad, sino que el omitente no hace aquello que se espera haga, aquello que debe hacer.[600] Al respecto, afirma Mezger: "*El hecho de omisión (conducta pasiva, omisión) no consiste… en un "simple no hacer", sino en un "no hacer algo". El fundamento de todo hecho de omisión (propio e impropio) es una "acción esperada", que posibilita la aplicación de todos los criterios válidos para el hecho de comisión al hecho de omisión"*.[601]

Este avance de la causalidad a la antijuridicidad se facilita si se tiene en cuenta el cambio metodológico que el neokantismo supuso frente a su antecesor, el causalismo. En efecto, mientras que en épocas del causalismo se entendía que el sujeto de valoración no podía valorar el objeto, el neokantismo

---

[597] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 396. VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal.* Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ed. Reus S.A. Madrid. Tomo Segundo, Segunda edición. p. 316.

[598] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 396.

[599] Ibíd. p. 397.

[600] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 556.

[601] MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958. p. 118.

supuso un cambio radical frente a ello, en tanto que admite la posibilidad de que el sujeto realice una valoración sobre el objeto a valorar. En este sentido, el derecho penal pasó de ser totalmente ontológico a ser valorativo y a estar dirigido hacia fines.

Así pues que, en adelante, lo determinante a efectos de realizar la equiparación entre acción y omisión ya no estará determinado por la causalidad sino por la existencia de deberes en cabeza de una persona que se denominará *garante.* A continuación nos ocupamos brevemente de la evolución de las fuentes de la posición de garante, en el entendido que aún hoy se erige como la principal opción para la equiparación entre acción y omisión.

El marco del Estado liberal[602] se parte de una función utilitarista de la pena, que servirá para prevenir el delito. En este sentido, se parte de la idea del hombre como ser racional que toma sus decisiones basado en sus propios intereses, y la pena servirá como contramotivación al instinto criminal. Para que la pena pueda cumplir con esta función de contramotivación al instinto criminal, que hoy en día podríamos llamar prevención general negativa, y cuyo más importante cultor fue Feuerbach, principal cultor del derecho penal liberal alemán, es necesario entonces que los individuos sepan no solamente lo que está prohibido, sino también las consecuencias jurídicas que se desprenden de un eventual incumplimiento de la norma, de donde surge el famoso principio *nulle crimen sine legem*, *nulle poena sine legem*, postulado, precisamente, por Feuerbach.

Para Feuerbach el elemento central del delito no es la *acción*, como lo sostenía Hegel, sino el de *tipo de delito*. Entendía este autor que el elemento daño es común tanto a las acciones como a las omisiones, por lo que en su visión de la estructura del delito se integraban los dos conceptos.[603]

El denominado principio de legalidad responde entonces a una visión utilitarista de la pena y por supuesto constituye una de las principales y más caras garantías del derecho penal moderno. En este marco, no debe extrañarnos la postura de Feuerbach en torno a la fuente del deber que permite estructurar el delito de omisión. Para este autor, la omisión se basa en la existencia de deberes

---

602 BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 397.

603 JESCHECK H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 647.

jurídicos destinados a la evitación del resultado, y la fuente del deber de actuar no puede ser otra que la Ley.[604]

Esto se compadece, además, con el modelo de Estado liberal, en el que solamente el legislador puede imponer restricciones a la libertad de los individuos y claramente la imposición de un deber supone a su vez la restricción de una libertad.

Posteriormente, Spangenberg y Henke reconocieron también la existencia de estrechas relaciones personales tales como el matrimonio o el parentesco como fuentes del deber que estructura el delito de omisión.[605] A estas fuentes del deber de actuar, cabe resaltar el aporte de Stübel, quien añadió el hacer previo peligroso como base del deber de evitar el resultado.[606] A la tesis que encuentra que los deberes de actuación surgen de la Ley, el contrato, las estrechas relaciones de vida y el actuar precedente peligroso[607] se le conoce como la teoría formal de las fuentes de la posición de garante.[608]

La teoría formal de las posiciones de garante soportaba fuertes críticas, entre las que encontramos las dudas sobre aquellos supuestos en los que, como en la actividad de un salvavidas, no existe una ley que determine la existencia de la posición de garante, quedando la fuente del deber de actuar en la existencia de un contrato, lo que supondría la traslación de discusiones civiles al ámbito penal en relación con la capacidad, el consentimiento el objeto y la causa del contrato.[609] Adicionalmente, esta teoría desconocía la existencia del deber de actuar en situaciones en las que, a pesar de existir una comunidad de vida entre personas, la misma no era reconocida como fuente de deberes entre las personas, como sucede con las parejas homosexuales.

Así, paradigmática en este escenario resulta la sentencia del Tribunal Supremo austríaco –ÖGH– de 1934 que rechazó la condena por homicidio del no-

[604] Ibíd., p. 647.

[605] Ibíd., p. 647.

[606] Ibíd. STRATENWERTH indica que la injerencia fue formulada en el primer tercio del siglo XIX primeramente para casos particulares, y sirvió durante mucho tiempo como *tapa-huecos* en los casos en que, si bien la omisión era merecedora de pena, no era posible apoyar el deber de actuar ni en la Ley ni en el contrato. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 388.

[607] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 384.

[608] JESCHECK H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 647.

[609] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 398.

vio que no impidió el suicidio de la novia pues un deber semejante entre novios no surge del contrato.[610]

Frente a estas insuficiencias de la teoría formal, se incluyeron posteriormente como otras fuentes del deber de actuar las estrechas comunidades de vida, y se prescindió del negocio jurídico en el sentido de la ley civil[611] estableciéndose como fuente del deber de garante la simple aceptación de un deber de actuar.[612] Estas nuevas inclusiones en la teoría formal, pusieron de presente que se estaban incorporando situaciones que originarían el deber de actuar pero que no tenían nada que ver con la Ley, cada vez la teoría *formal* era menos *formal,* lo que puso de presente la necesidad de encontrar otro referente que permitiera la equiparación entre la causación activa del resultado y la conducta omisiva.

Siguiendo en el marco de la posición de garante como el elemento que permite la equiparación estructural entre acción y omisión, señala Kaufmann que "l*a posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo",*[613] o, en palabras de Bacigualpo, "*la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. De esta manera tuvieron entrada en la posición de garante los deberes ético-sociales (pero no los meramente morales)".*[614]

En igual sentido, Jakobs afirma que la *"omisión semejante a la comisión, al menos como omisión impropia, parece ser siempre un delito especial; bien es verdad que según el tenor literal de la ley todos deben responder por las consecuencias dañosas evitables (realizadas dolosa o imprudentemente) de su obrar, pero sólo los obligados a responder tienen que evitar consecuencias dañosas mediante acciones de salvación".*[615]

---

[610] Ibíd., p. 398.

[611] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 388.

[612] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 399.

[613] Ibíd., p. 399.

[614] Ibíd., p. 399.

[615] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 946.

La doctrina reconoce a Kaufmann como el cultor de la moderna teoría del delito de omisión,[616] pues gracias a su obra se supera la teoría formal de las posiciones de garante y surge la teoría material de las posiciones de garantía,[617] en la que la fuente del deber de actuar ya no será estática, como sucede con la ley o el contrato, sino que se determinará a partir de relaciones sociales, dinámicas, cambiantes.[618] Para Kaufmann, "*la determinación del tipo del delito impropio de omisión dependerá de tres consideraciones axiológicas: «a) la existencia de un tipo comisivo, que penalice la realización de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; b) la existencia de un mandato, que tenga por contenido la evitación de esa lesión o puesta en peligro del bien jurídico; c) la lesión de este mandato tiene que igualar, por lo menos aproximadamente, en contenido de ilicitud y en la magnitud del reproche de culpabilidad y, por lo tanto, en merecimiento de pena, al delito de comisión"*.[619]

Según Kaufmann, las fuentes de la posición de garantía son las siguientes:[620]

a. *Deberes de protección relacionados con determinados bienes jurídicos*. En este caso, existe una relación de dependencia entre las personas relacionadas, o que el titular de un determinado bien jurídico confía en la posibilidad del garante para acudir a la salvación del interés jurídicamente tutelado. Dentro de esta primera categoría se incluyen las siguientes situaciones:
    a. *Vínculo natural entre personas*. Para que éste pueda generar posición de garantía, es necesario que se trate de una relación jurídica entre los miembros más próximos de la familia, quienes, por lo general, se encuentran recíprocamente obligados a evitar entre sí acontecimientos que pongan en peligro la vida de los miembros de ésta. No resulta, por ende, suficiente para estructurar la posi-

[616] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 557.

[617] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 384.

[618] KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2006. p. 289.

[619] BACIGALUPO, Enrique Op. cit., 1997, p. 399.

[620] KAUFMANN, Armin. Op. cit., 2006. p. 289.

ción de garante derivada de relaciones familiares la relación de amistad, amorosa, o de vecindad.[621]

b. *Estrechas relaciones de comunidad*.[622] Para que pueda surgir la posición de garante con base en esta fuente material es necesario que, con origen en las relaciones recíprocas de dependencia y confianza, se asuman riesgos mayores o no se adopten medidas cualesquiera de seguridad.

c. *Asunción voluntaria frente a la persona que sufre el peligro o frente a un tercero en beneficio de aquélla.* Para que se estructure esta fuente de la posición de garante es necesario que el afectado, confiando en la disponibilidad para la intervención del garante, se exponga a un riesgo mayor de lo que en otro caso haría, o que renuncie a cualquier otra protección, solo cuando así se dan las cosas se justifica la responsabilidad criminal.

b. *Responsabilidad sobre determinadas fuentes de peligro*. Dentro de esta fuente de la posición de garante, encontramos las siguientes situaciones:

a. *Deber de garante derivado del actuar precedente peligroso*. Denominado también injerencia, se presenta esta situación cuando alguien, con una conducta anterior, ha puesto en peligro un bien jurídico ajeno, surgiendo el deber de acudir a su salvación. Para Stratenwerth, en fundamento de la injerencia se encuentra en el deber general de conducir la propia conducta de tal manera que, en lo posible, nadie resulte dañado.[623] Jescheck señala que quien provoca el peligro de que otro sea dañado, debe cuidar que tal riesgo no se concrete en un resultado típico. Así mismo, Jescheck indica como restricciones a este deber de actuar las siguientes: primero, el actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano del advenimiento del daño, 1) la actuación previa debe

---

[621] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 389.

[622] Ibíd., p. 392.

[623] Ibíd., p. 389.

haber sido contraria a deber desde un punto de vista objetivo,[624] 2) la contrariedad a deber ha de consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado. Stratenwerth agrega el que "*actuar precedente fundamenta responsabilidad solamente para aquellos peligros que estén vinculados a él de modo previsible,*[625] y, así mismo, excluye de las situaciones que podrían generar posición de garante las actuaciones previas que no generan un riesgo desaprobado.[626]

b. *Deber de garante para el control de fuentes de peligro situadas dentro del propio ámbito de dominio*.[627] En este supuesto no se tiene en cuenta ni la asunción voluntaria de la custodia del bien jurídico, ni una acción peligrosa precedente.

c. *Responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas.* En estos supuestos, la colectividad, en atención a posiciones de autoridad o vigilancia existentes, confía en que el obligado controla los riesgos que proceden de la persona a la que supervisa.

La teoría de Kaufmann permite una explicación de las fuentes de la posición de garante, pero se queda realmente corta a la hora de explicar el fundamento del porqué estas situaciones dan origen a la pretendida equiparación estructural entre el actuar y el omitir.

La superación de la lucha entre escuelas hacia los años 60 en Alemania supuso la imposición de un sistema funcionalista, en el que el sistema penal ya no estará orientado a la tutela de bienes jurídicos sino que, en el marco de la sociedad del riesgo, se entiende que busca la prevención de riesgos que se encuentren por fuera de lo socialmente tolerable. Así entonces, la posición de garante que había ocupado un lugar preponderante a la hora de explicar la equiparación entre la conducta activa y la omisiva en el marco de un derecho penal protec-

---

[624] Ibíd., p. 389.

[625] Ibíd., p. 389.

[626] Ibíd., p. 389.

[627] Ibíd., p. 394.

tor de bienes jurídicos, pasa a un segundo plano y comienza a recibir todo tipo de críticas.

Así, por ejemplo, Luzón Peña sostiene que el concepto de posición de garante carece de incidencia para efectos de realizar la identidad estructural entre el delito activo y el omisivo, por cuanto, en su criterio, se trata de una categoría inconveniente, pues conlleva una expansión de los límites razonables de actuación del derecho penal.[628] Para explicar la equivalencia entre el actuar y el omitir, Luzón Peña entiende que la creación o el incremento del riesgo en el delito de omisión tiene lugar en aquellos casos en los que una persona, en virtud de su posición social especial o el desempeño de sus funciones habituales, mantiene el control de una determinada fuente de peligro para bienes jurídicos.[629]

En la tesis de Luzón Peña tenemos entonces que hay un sujeto que, por su especial posición o por el ejercicio habitual de sus funciones, cuenta con el dominio de una determinada fuente de peligro la cual se considera de esta manera neutralizada. Cuando este sujeto omite el cumplimiento efectivo de sus funciones, desencadena un proceso peligroso que hasta ese momento se consideraba neutralizado o inexistente, con lo que se aumenta la posibilidad de la lesión para ese bien jurídico.[630]

En este mismo sentido afirma Luzón Peña que cuando el sujeto no interviene ante un peligro existente, ni incrementándolo ni creándolo, no habría delito de omisión impropia así el sujeto omitente ostente la posición de garante pues, en estos eventos, se entiende que el curso causal peligroso para el bien jurídico ha continuado su recorrido hacia la lesión.[631]

En igual sentido, la posición de garante como elemento que permite la equiparación entre la conducta activa y la omisiva es sustituida en la obra de Gimbernat por la idea de los *focos de peligro*.[632] En efecto, entiende Gimbernat que el legislador se encuentra en una situación irremediable en la que está obligado a tolerar focos de peligro.[633] Estos focos de peligro pueden tener su origen en

[628] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 1986, pp. 73-92.

[629] Ibíd.

[630] Ibíd.

[631] Ibíd.

[632] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP 1994. pp. 5 y ss.

[633] Ibíd., p. 39.

situaciones que son incontrolables, como las tormentas, enfermedades, grandes vertidos de agua, etc., y en otros casos, los focos de peligro tienen su origen en actuaciones humanas, como sucede con el tráfico vial, el ferroviario, la construcción de edificios, entre otros.[634] Aquellos focos de peligro conducibles a la actividad humana se toleran en cuanto se estiman convenientes para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran.[635]

El legislador, indica Gimbernat, se conforma o tolera con estos focos de peligro en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad y allí se sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel.[636] Este desequilibrio puede causarse por acción, cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. En cuanto al desequilibrio producido por omisión, nos indica Gimbernat que, en la medida en que el foco de peligro tiene una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto normativamente que determinadas personas apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión.[637]

De la teoría de los focos de peligro infiere Gimbernat la equivalencia entre el actuar y el omitir, cuando señala que: "*si…los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces funcionalmente existe una equivalencia entre la desestabilización del nivel de lo permitido porque una acción incide el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una omisión, porque en contra de lo normativamente previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado*".[638]

La moderna teoría del derecho penal logra explicar esa equiparación estructural entre el actuar y el omitir, al permitir una comprensión integral del

---

634 Ibíd., p. 39.

635 Ibíd., p. 39.

636 Ibíd., p. 40.

637 Ibíd., p. 40.

638 Ibíd., p. 40.

sistema penal a partir de la infracción de deberes. A continuación nos ocupamos de estas tesis.

Para la moderna teoría del derecho penal, lo relevante para el derecho penal, es el incumplimiento de los deberes que como ciudadanos ostentamos, deberes que pueden ser de dos clases:[639]

1. *Deberes negativos.*[640] Se trata de los deberes en virtud de competencia por organización, en los cuales la expectativa normativa se dirige hacia la evitación de consecuencias exteriores del propio ámbito de organización del autor que puedan ser lesivas para bienes jurídicos. Dentro de estos deberes, se encuentran:
   a. *Deberes de aseguramiento en el tráfico.* El contenido del deber es configurar el propio ámbito de administración de forma adecuada, de manera que no sea usurpada una organización ajena, por lo cual cada persona debe tomar las medidas que sean necesarias para la evitación de daños a otras personas.[641]
   b. *Deberes de salvamento*. Surgen cuando el curso causante ya ha alcanzado una organización ajena y se tiene el deber de revocar tal usurpación.[642]
   c. *Deberes negativos que surgen de la asunción.* En éstos se está obligado a tomar las medidas propias para la compensación del defecto creado y del cual se es competente.[643]
2. *Deberes positivos en virtud de competencia institucional*.[644] Las expectativas se dirigen a la prestación de ayuda solidaria en beneficio de un bien jurídico.[645] Estos deberes positivos se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en

[639] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 971.

[640] Son negativos en tanto que "su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos". Ibíd.

[641] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 973.

[642] Ibíd. p. 18.

[643] Ibíd. p. 974.

[644] Ibíd., 993.

[645] Ibíd., p. 31.

común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen.[646]

Así pues, que, para estas tesis, al igual que sucede con el concepto y la función de la pena, lo relevante para el derecho penal no es lo que acontece en una realidad ontológicamente entendida, sino una manifestación que se hace al interior de una sociedad normativamente configurada en virtud de la cual, para el agente, la norma no se encontraría vigente.

En este sentido, toda persona, como sujeto de imputación es portadora de roles, roles de los que se desprenden deberes y que suponen lo importante para la atribución de responsabilidad. Así, el delito como fenómeno de atribución de responsabilidad toma en cuenta la infracción del deber en cabeza de la persona, siendo absolutamente irrelevante la pretendida diferenciación entre acción y omisión.

En otros términos, todas las personas serían garantes de evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos ajenos, por lo que todo delito sería siempre un delito de omisión, o, en otras palabras, la omisión sería un supraconcepto que abarca tanto el actuar pasivo como el actuar negativo.

Así pues, que dentro de la moderna teoría del delito de omisión, se entiende que lo relevante en el problema del delito no es la causación física de un resultado, sino la determinación de los ámbitos de competencia y a partir de allí debe establecerse a quién corresponde el deber de evitar un resultado determinado. Por ello es posible un concepto que englobe tanto la acción como la omisión.

Solamente esta identidad entre el actuar y el omitir, encontrada por la moderna teoría del delito permite afirmar la pretendida identidad estructural entre la acción y la omisión.

2.2. Actuar y omitir. Diferencias

En el presente apartado nos ocupamos de los criterios que la dogmática penal ha ensayado a efectos de diferenciar la acción y la omisión,[647] para posteriormente sentar nuestra postura al respecto.

---

646 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 272.

647 BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 390.

La dogmática penal, a efectos de diferenciar la acción y la omisión ha acudido a diferentes criterios, como lo son la aplicación de energía (Rudolphi), y la diferencia de la norma secundaria que subyace a la acción (prohibición) y a la omisión (mandato). A continuación, nos ocupamos de la evolución doctrinal en punto de la pretendida diferenciación entre acción y omisión, para posteriormente señalar nuestra postura al respecto.

La doctrina tradicional acude a la distinción entre dos modalidades básicas de la conducta, a saber, la acción y la omisión, acudiendo a una diversidad de criterios para intentar diferenciar entre ellas,[648]

Así, entre muchos otros intentos por diferenciar estas dos figuras, encontramos, en primer lugar, la teoría de la norma como criterio para realizar la diferenciación entre acción y omisión. Para este criterio, mientras en la acción se trataría de normas prohibitivas (aquellas que prohíben la realización de determinadas conductas, en la omisión se trataría de normas *permisivas* (aquellas que imponen la obligación de realizar determinadas conductas). Aplicando esta tesis, tenemos que, mientras en la acción la norma secundaria se encontraría en forma de prohibición,[649] en el delito de omisión la norma secundaria se encuentra redactada en forma de imperativo.[650]

A este criterio adhiere Mir Puig, quien afirma que

> *(...) por lo que afecta al distinto significado normativo de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una nor-*

---

[648] Curiosamente algunos autores abogan por la diferencia ya desde el plano ontológico entre el actuar y el omitir, desconociendo el carácter valorativo de la omisión lo que hace que ésta solamente exista en el plano valorativo. Entre quienes afirman la diferencia desde lo ontológico, ROXIN, citado por REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 46. BOUZAT, Pierre y PINATEL Jean. *Traité de Droit Penal et de Criminologie.* Librairie Dalloz, París, 1963, p. 121.

[649] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 648.

[650] Ibíd., p. 648.

> *ma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer rito distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva*.[651]

Igualmente, a esta tesis adhiere Muñoz Conde cuando señala que

> (…) *el derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, en un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena*.[652]

Así mismo, en segundo lugar, se plantea la distinción a partir de la denominada *aplicación de energía*,[653] uno de cuyos principales exponentes es Rudolphi, y señala que, mientras en el delito de acción existe una aplicación de energía que es la que produce el resultado, en el delito omisivo no existe tal aplicación de energía o, si la hay, se destina a la realización de una actividad diferente a la que era exigible.[654] Para Rudolphi, "*la distinción entre acción y omisión dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo omisión*".[655]

---

[651] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 305.

[652] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 238.

[653] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 947.

[654] ALIMENA, Bernardino. *Principios de derecho penal.* Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1915. p. 436.

[655] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 391.

Para este criterio, el de la aplicación de energía, mientras que en la acción el agente realiza un despliegue de energía, en la omisión no hay aplicación de energía.[656]

Entendemos que este criterio es errado, en la medida en que lo que se reprocha en el delito de omisión no es la mera inactividad –situación de hecho imposible– o carencia de aplicación de energía, es el incumplimiento de un deber, deber que se materializa en la realización de una conducta ordenada por la norma primaria, o en la evitación de un determinado resultado.

Al respecto, afirma Stratenwerth que *"junto al delito de acción, se halla el delito de omisión. Ambas formas de conducta son esencialmente diferentes en su estructura: en el delito de omisión, el autor, en lugar de actuar, precisamente no lleva a cabo una acción"*.[657]

Stratenwerth, por su parte, señala que la diferencia entre la acción y la omisión estará dada de la siguiente manera: Habrá conducta activa cuando el autor haya creado o aumentado el peligro que se concreta en resultado y una omisión cuando no haya reducido el peligro.[658]

Así mismo, aquellas teorías que diferencian entre el delito activo y el omisivo establecen diferencias en la estructura del delito. Así se señala entonces que mientras que en el delito de acción la denominada exigibilidad de otra conducta aparece como el criterio que determina la culpabilidad, en el delito omisivo se señala que es requisito del tipo objetivo la denominada *capacidad individual de acción*, que se traduce en la posibilidad de que el garante llevara a cabo la acción ordenada que se esperaría salvase el bien jurídicamente tutelado.

Sin embargo, cualquiera de las teorías ontológicas está condenada al fracaso a la hora de explicar un fenómeno claramente valorativo como lo es la omisión,[659] en el que la imputación penal se realiza no por el hecho de no realizar conducta alguna, sino, por cuanto existe una vinculación con el bien jurídicamente tutelado que supone el deber de iniciar un curso causal salvador

---

[656] Adhiere a este criterio, GIMBERNAT ORDEIG, Op. cit., 1994. pp. 5 y ss. JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 649.

[657] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 379.

[658] Ibíd., p. 379.

[659] Sobre la imposibilidad de afirmar la existencia de la omisión en el plano ontológico, REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 297.

que se oponga a otro en curso que conducirá a la destrucción del bien jurídicamente tutelado.

Los esfuerzos por diferenciar la acción de la omisión resultan todos inútiles, por lo que la moderna teoría del delito entiende que se deben abordar, para efectos penales, como lo mismo.

La moderna concepción de la teoría del delito sostiene la identidad estructural entre el delito de acción y el delito de omisión,[660] como pasamos a exponerlo a continuación.

Diremos en primer lugar que las teorías ontológicas han virado a la hora de esbozar un concepto de acción, pasando por la conocida fórmula causalista del movimiento muscular que produce un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos, a la famosa concepción final de la acción en el que la acción es ejercicio de finalidad.

Las críticas a ambas teorías fueron devastadoras. En el primer caso, se dice que en la omisión no hay tal cosa como movimiento muscular, por lo que quedaría excluida del concepto de acción, que a su vez constituye la denominada *piedra angular de la teoría de delito* para los cultores de estas corrientes.

En el caso del concepto final de acción, si bien supuso un punto de no retorno para la dogmática penal en lo atinente al manejo del dolo y del error de prohibición, al pregonar el carácter avalorado del dolo y de la acción, desconoce la esencia misma del actuar humano, que siempre estará impregnado de sentido.

La tesis de Roxin tampoco aporta mucho a la discusión, pues al pregonar la acción como manifestación de la personalidad, puede ser útil a la hora de descartar determinados sucesos como acciones, pero su contenido no es muy claro. El mismo Roxin, al proponer su conocida división entre los delitos de infracción y los delitos de infracción de deber, llega a la conclusión de que, en estos eventos, existe una unidad conceptual entre actuar y omitir.

La teoría normativista plantea una superación de esta distinción entre el actuar y el omitir, en los siguientes términos. Se parte de la existencia de libertades que suponen como contraposición la imposición de deberes por parte de las personas, de manera que así como el ordenamiento jurídico avala y establece unos derechos, así mismo impone unas cargas. De esta manera, lo relevante

[660] Al respecto, REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p. 204.

para el derecho penal no es si en un caso determinado el individuo actuó u omitió, sino la determinación de unos deberes, que pueden ser positivos o negativos en los términos a los que hicimos referencia anteriormente, y lo relevante será el desconocimiento de esos deberes.

De esta manera, la distinción entre acción y omisión carece de todo sentido, y en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva lo relevante será la observación de los deberes que como ciudadano le asisten a la persona como destinataria de expectativas de conducta.

3. Clases de omisión[661]

La distinción entre omisión propia e impropia[662] se remonta a la obra de Luden,[663] quien afirma que en los delitos de omisión propia su contenido se agota en la contravención de un mandato, no encontrándose dirigidas a la lesión de derechos subjetivos ajenos, por lo que son equiparables a delitos de mera actividad y se encuentran tipificados en la Ley. Continuando con este autor y el origen de la clasificación entre omisiones propias e impropias, tenemos que en los delitos de omisión impropia, para Luden, el autor no se limita a la pura rebeldía sino que por medio de su inactividad realiza un resultado que normalmente es ocasionado a través de un actuar positivo. El carácter impropio de estos delitos reside en que el autor no obra por simple rebeldía sino por medio de su inactividad realiza un resultado que normalmente es causado por un quehacer positivo.[664]

Como señalan De Toledo y Huerta Tocildo, para Luden "*la esencia de los delitos propios de omisión radica en la infracción de un mandato (norma preceptiva), sin que en ellos se requiera la lesión de derechos subjetivos ajenos. En cambio, los delitos impropios de omisión se califican así porque no consisten en la infracción de un mandato sino que implican la producción, a*

---

[661] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 651. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 392. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 312. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 240.

[662] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 560.

[663] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 647. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 560.

[664] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, pp. 647 y 652.

través de la inactividad, del resultado que normalmente ocasionaría un hacer positivo, esto es, implican la infracción, por medio de la omisión, de una norma prohibitiva".[665]

Mir Puig prefiere la diferenciación entre omisión pura y comisión por omisión a la tradicional división entre omisión propia e impropia,[666] por cuanto "*evita la equivocidad que supone que un cierto sector doctrinal utilice la expresión «omisión impropia » para designar los supuestos de delitos omisivos no expresamente previstos por la ley en tanto que emplea la de «omisión propia» para hipótesis, tanto de omisión pura cuanto de comisión por omisión, que la ley describe explícitamente"*.[667]

A continuación nos ocupamos de los criterios que se han esbozado en la doctrina para diferenciar el delito de omisión propia u omisión pura del reato de omisión impropia llamado también comisión por omisión.

El primer criterio para diferenciar la omisión propia de la impropia lo encontramos en que los primeros son delitos de mera actividad y los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado.[668] Ésta es la tesis de Bacigalupo, quien sostiene que "*los delitos impropios de omisión son aquéllos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión y son, por lo tanto, equivalentes a los delitos de comisión. Los delitos propios de omisión, sólo requieren la realización de una acción, y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo"*.[669]

En igual sentido, Mir Puig señala que "… d*e la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto*

---

[665] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 560.

[666] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 312.

[667] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO. Op. cit., 1986, p. 560.

[668] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 393. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 561. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 240.

[669] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 393.

que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión".[670]

En contra de esta concepción se ha dicho (Welzel seguido en España por Rodríguez Mourullo) que algunos delitos de omisión propia requieren para su estructuración un resultado naturalístico que acompañe el quebrantamiento del deber, con lo que existen delitos de omisión propia que requieren la presencia efectiva de un resultado lo cual invalida este criterio de distinción.[671] Esta situación conduce a Rodríguez Mourullo a proponer una clasificación tripartita de las omisiones, en las que habría delitos de omisión propia, delitos de omisión y resultado, o delitos de omisión impropia expresamente descritos por la Ley, y delitos de comisión por omisión, o delitos de omisión impropia no descritos expresamente por la Ley.[672]

Un segundo criterio para diferenciar la omisión propia y la impropia defendido por Welzel y Kaufmann, es que la primera modalidad se encuentra contenida en la parte especial de los códigos penales,[673] mientras que la comisión por omisión es fruto de la creación del juez que aplicará la cláusula de equiparación contenida en la parte general[674] y, a partir de la obligación de evitar el resultado típico por parte del garante, construirá el delito de omisión.

Este criterio diferenciador, recibe dos críticas, primero el que no establece una diferencia material, de fondo y, segundo, se afirma que este criterio tampoco resulta satisfactorio en la medida en que a veces los códigos penales incorporan en la parte especial omisiones impropias, como lo ponen de presente De Toledo y Huerta Tocildo.[675]

En tercer criterio para diferenciar la omisión propia de la impropia se señala que existe entre ambas modalidades omisivas una distinción a nivel de la

---

[670] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 312.

[671] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 562. En igual sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 946.

[672] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 562.

[673] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 313. JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 653.

[674] La construcción por parte del Juez del delito de omisión es objeto de observaciones frete a la constitucionalidad debido a la laxitud que supone en lo que tiene que ver con la legalidad. Al respecto, STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 382.

[675] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 564.

teoría de la norma,[676] pues mientras en la omisión propia se infringe una norma preceptiva, en la omisión impropia se infringe una norma prohibitiva. Esta postura es criticada por cuanto desconoce el contenido de la norma correspondiente.[677]

El cuarto criterio que se ha intentado para diferenciar la omisión propia de la impropia, consiste en que la posición de garante sería aplicable únicamente para la segunda modalidad delictiva,[678] criterio que consideramos errado como lo desarrollaremos posteriormente al entender que la posición de garante es un elemento común a ambas modalidades delictivas.

El quinto criterio para diferenciar la omisión propia de la omisión impropia, denominado *criterio lógico material,* indica que la distinción debe realizarse a partir de la equiparación o no con el delito comisivo. Este criterio es rechazado por la doctrina alemana en la medida en que en aquel sistema normativo se establece una rebaja punitiva en el evento del delito de comisión por omisión,[679] de manera que, como lo indica Jescheck, *"tampoco el delito de omisión propia posee el mismo valor que la comisión por medio de un hacer positivo"*.[680]

Stratenwerth, por su parte, indica que mientras que la omisión impropia es equiparable al delito comisivo, ello no sucede en la omisión propia, en la que no es posible la identidad estructural entre acción y omisión.[681]

Como podrá apreciarse, el único criterio que permite una diferenciación entre la omisión propia y la impropia es aquel que sostiene que la primera será un delito de mera actividad y la segunda un delito de resultado.

Silva Sánchez, en una obra que constituye un hito, estructura el contenido material de la comisión por omisión sobre la base de un deber especial y calificado de actuación de un individuo, denominado situación concreta de

---

[676] Ibíd., p. 560.

[677] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 653.

[678] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 382.

[679] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 657.

[680] Ibíd., p. 654.

[681] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 379.

garantía,[682] que será la que permita la identidad estructural anteriormente referida en aras del respeto por la legalidad.

Para Silva Sánchez ese deber especial y calificado de actuación de un individuo surge en virtud de un compromiso voluntario y concluyente adquirido por parte de un individuo en relación con un bien jurídico en particular de actuar a modo de barrera de contención sobre una fuente de peligro. Ese compromiso adquirido por la persona genera en la víctima y en la comunidad un efecto de confianza e inhibición en relación con la búsqueda de otras maneras de salvación.

A partir del nivel de compromiso que asume un individuo y la intensidad del deber de actuar en relación con un bien jurídico en particular, surge una constelación de comportamientos omisivos,[683] cuyas consecuencias irán desde la imposición de consecuencias jurídico penales por infracción del deber de solidaridad[684] hasta la imputación de resultados lesivos a una persona por haber asumido un deber especial y cualificado de actuación, de manera que a esta persona le asistía el compromiso de comportarse como una barrera de protección sobre un peligro específico en relación con un bien jurídico en particular.[685]

En medio de estos grados de la conducta omisiva, al interior de las omisiones puras, al decir de Silva Sánchez, aquellas que se agotan en la no realización de una acción indicada por lo que no cabe imputar a las mismas un resultado lesivo,[686] encontramos una diferenciación entre las omisiones puras generales, esto es, las realizables por todos los que pudiendo llevar a cabo la acción esperada no la llevan a término, basadas en consideraciones de solidaridad general en aras de la protección de bienes jurídicos individuales, y las omisiones puras de garante,[687] las cuales solo podrán ser realizadas por un determinado

[682] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., 2002, p. 386.

[683] Ibíd., p. 383.

[684] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., 2002, p. 383. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., 2007, p. 330.

[685] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., 2002, p. 428.

[686] Ibíd., p. 431.

[687] Ibíd., p. 431.

círculo de sujetos "*caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial*".[688]

Las omisiones puras en posición de garante se encuentran, para Silva Sánchez en el intermedio entre las omisiones puras y la comisión por omisión.[689] En nuestro criterio, el concepto que propugna Silva Sánchez no solamente es totalmente acertado, sino que es aplicable al Código Penal colombiano, en el que encontraríamos, como único ejemplo de omisión propia, el delito de omisión de socorro. El resto de los delitos de omisión propia contenidos en nuestra legislación penal serían omisiones puras en posición de garante.

3.1. Omisión propia

3.1.1. Concepto

Como lo señalamos anteriormente, en la terminología de Luden, las omisiones pueden ser propias o impropias, siendo las primeras delitos de mera actividad, en los que el contenido del injusto se agota en la no realización de una conducta ordenada por la Ley. Jescheck indica que en este tipo de omisiones el contenido del injusto se agota en la no realización de una acción exigida por la Ley.[690]

De esta manera, conductas como la omisión de medidas de apoyo, la omisión de socorro, y la inasistencia alimentaria serían modalidades de omisión propia. A continuación nos ocupamos de los elementos de la omisión propia.

3.1.2. Elementos[691]

3.1.2.1. Situación típica[692]

En la medida en que el delito de omisión propia supone la no realización de una acción esperada, en esta modalidad delictiva el tipo penal determina la acción

[688] Ibíd., p. 432.

[689] Ibíd., p. 432.

[690] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 652.

[691] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 393. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 315.

[692] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 662. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 393. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 565. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 397.

esperada,[693] en tanto que la omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer aquello que se espera que el sujeto activo realice. En este sentido, afirma Jescheck que en el delito de omisión propia el supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción es la situación típica, en los delitos de omisión propia, la acción típica es descrita ampliamente por el tipo mismo.[694]

Kaufmann señala que la situación típica es el presupuesto de hecho del que se deriva el concreto deber jurídico de actuar.[695] Por su parte, De Toledo y Huerta Tocildo señalan que la "*situación típica consiste en la presencia de un riesgo inminente de que un cierto bien jurídico resulte afectado, riesgo que puede conjurarse mediante la realización de una conducta positiva que la norma exige de su destinatario («acción esperada» o, mejor, «acción jurídicamente exigida»)*".[696]

La situación típica es un elemento común tanto a la omisión propia como a la impropia,[697] pero, en esta última, es esencial la finalidad de la salvaguarda del objeto protegido frente a la puesta en peligro o lesión.

3.1.2.2. Ausencia de acción esperada[698]

Al ser los delitos de omisión normas imperativas, uno de sus elementos típicos es el incumplimiento del precepto imperativo que subyace a la norma penal[699] En este sentido, para que se configure el delito de omisión, tanto en la propia como en la impropia,[700] es esencial que el sujeto no lleve a cabo aquello que se esperaba realizara en la situación en concreto.[701]

---

[693] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[694] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 663.

[695] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 565.

[696] Ibíd., p. 565.

[697] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[698] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 394. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 565.

[699] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 238.

[700] PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[701] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 565. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 239.

La acción esperada se determina mediante la lectura de la norma primaria, en el caso de la omisión propia[702] y mediante el resultado amparado por el bien jurídico en el caso de la omisión impropia. Así, a título de ejemplo, en una omisión propia, como puede ser la omisión de socorro, la acción esperada será la prestación de ayuda a una persona cuya vida se encuentra en peligro, y en el caso de una omisión impropia, el resultado que se busca evitar sería la muerte.

Claramente no habrá ausencia de acción esperada cuando el sujeto realiza una acción tendiente a evitar la producción del resultado pero la misma no resulta idónea por lo que el resultado finalmente acontece, como cuando alguien que se encuentra en el lugar de un accidente intenta auxiliar a un herido, pero por su desconocimiento en materia de primeros auxilios causa la muerte del herido. En igual sentido, afirma Jescheck que no se presentará el tipo del delito de omisión dolosa cuando el autor se ha esforzado infructuosamente en cumplir con su deber de acción.[703]

3.1.2.3. Capacidad individual de acción[704]

Mientras que la doctrina que admite la distinción entre el delito de acción y el delito de omisión suele ubicar la capacidad de acción a nivel de la culpabilidad, en el delito de omisión la misma se ubica como un elemento del tipo,[705] y señala que, para que pueda hablarse de omisión, es necesario que el omitente haya estado en condiciones de cumplir con la acción esperada o de evitar el resultado lesivo.[706] Nuevamente estamos frente a un elemento común para la omisión propia y la impropia.[707]

---

[702] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[703] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664.

[704] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 394. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2000, p. 192.

[705] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 566. "*... conforme a nuestro parecer, la ausencia de esa capacidad individual de obrar en la situación concreta no elimina la atribuibilidad de la omisión ni su antijuridicidad, sino su mismatipicidad (por ausencia de un elemento del tipo objetivo).*"

[706] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 1990. p. 191. Señala STRATENWERTH: *El resultado sólo puede ser reconducido a la conducta precisamente del omitente, si éste estaba en condiciones de llevar a cabo de hecho una de las acciones que en teoría habrían evitado el resultado: no se «omite» salvar a alguien que se ahoga, con una barca, si no hay ninguna barca; no se omite acudir nadando en su auxilio, si no se sabe nadar, etc.".* STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 399.

[707] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

En punto de la capacidad de acción, la doctrina diferencia entre la capacidad general de acción y la capacidad individual de acción[708]. En cuanto a la capacidad general de acción, tenemos que la misma se relaciona con *"la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada".*[709] Por su parte, en la capacidad individual de acción se tiene en cuenta al sujeto, para determinar si, en el caso concreto, con sus conocimientos y capacidades en particular, podía o no llevar a cabo la acción esperada.[710]

Pertenece al tipo del delito de omisión la capacidad individual de acción,[711] de modo que se debe determinar si el sujeto, teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades individuales, de manera sensata[712] hubiese podido llevar a cabo la acción esperada.[713] Está claro que la acción esperada debe ser determinada,[714] y será aquélla que se extrae a partir de la lectura de la respectiva norma.

Sin embargo, no basta con que la persona del omitente haya contado con las capacidades para llevar a cabo la acción esperada, siendo necesario, además que haya contado con los recursos idóneos para realizar la acción esperada o evitar el resultado.

Jescheck señala como requisitos para la capacidad individual de acción:[715]

---

[708] BACIGALUPO, Enrique Op. cit., 1997, p. 394. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 316.

[709] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664.

[710] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[711] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664. STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 400.

[712] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 664.

[713] Señala sobre ello MIR PUIG: "[*h*]*ay que partir del baremo de un hombre mentalmente normal pero situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores y de la situación como base de la posibilidad de advertir la presencia de la situación típica y del poder actuar externo, (…) y también con las fuerzas físicas y mentales mayores o menores que pueden concurrir en una persona normal. Ello conduce a tener en cuenta las facultades superiores de las que el sujeto pueda disponer voluntariamente; respecto a sus facultades inferiores, hay que tomar en consideración las que son imaginables en una persona mentalmente normal, pero no las que no son compatibles con esta normalidad.* MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 316.

[714] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 400.

[715] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 665.

- *Presupuestos externos.* Hacen referencia a cuestiones como la cercanía espacial y los medios adecuados de auxilio.
- *Recursos propios.* Por ejemplo, fuerza física, conocimientos técnicos y capacidades intelectuales.
- *Representación de la acción preceptiva como una meta posible de la voluntad*. El autos de la omisión debe representarse la acción esperada como posible o cuando menos, poder representársela por aplicación del cuidado debido. Para este efecto, el criterio que se tiene en cuenta es el de un sujeto promedio, y se determinará si, mediante un juicio *ex ante* de los hechos un espectador cuidadoso habría podido representarse la acción esperada como objetivo de su voluntad y considerar suficientes las posibilidades externas para ello.

Jakobs indica que para determinar la capacidad individual de acción, basta con que el autor hubiera podido llevar a cabo la acción salvadora con solamente la intención de llevarla a cabo, y posteriormente se debe determinar si el suceso esperado era psíquica y físicamente posible para el autor.[716] A partir de lo anterior, señala Jakobs que "*quedan descartados como emprendimiento de salvación los movimientos corporales potenciales que (a) no se pueden desencadenar voluntariamente o bien (b) que físicamente no se pueden ejecutar*".[717]

Igualmente se discute la medida de empleo de esfuerzo que se exige al obligado en la omisión, "*es decir, si tiene que aportar una prestación con la máxima concentración y (literalmente) hasta caer exhausto, si debe emplear todos los medios disponibles, o bien si se puede dar por satisfecho con menos*".[718] Jakobs, consecuente con su concepto de imputación objetiva, indica que debe exigirse conforme a un estándar objetivo y "*nadie está obligado a ir más allá de ese estándar*",[719] lo cual no será aplicable en casos de personas que se han buscado un riesgo especial o que se encuentran obligadas institucionalmente.[720]

716 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*… Op. cit., 1997, p. 956.

717 Ibíd., p. 956.

718 Ibíd., p. 956.

719 Ibíd., p. 958.

720 Ibíd., p. 958.

Para efectos de realizar la acción salvadora, la persona debe valerse de todo aquello que está a su alcance, por supuesto, dentro de lo proporcional y adecuado, de manera que "*el médico, que emprende un tratamiento en caso de emergencia, no tiene que, ya por haberlo emprendido, donar su propia sangre para una transfusión, de ser necesaria, pero sí emplear sus propios vendajes".*[721]

Al ser la capacidad individual de acción un elemento del tipo objetivo del delito de omisión, el error sobre la misma constituye un error de tipo, tal y como lo afirman De Toledo y Huerta Tocildo.[722]

En materia de derecho penal médico, tenemos entonces que, para poder imputar a un profesional de la salud un delito de omisión, es necesario establecer que éste contaba con los recursos y capacidades para poder llevar a cabo la acción esperada.

Éstos son los requisitos que la doctrina tradicional le asigna a la omisión propia, y nosotros agregamos la posición de garante, como lo argumentaremos posteriormente.

31.2.4. Posición de garante

3.1.2.4.1. La posición de garante como elemento común a la comisión por omisión y a la omisión pura

Si bien la doctrina entiende que la posición de garante es un elemento exclusivo del delito de omisión propia, nosotros consideramos que esta posición es un elemento común, no solo a las formas de omisión sino a todos los delitos, como pasamos a argumentar a continuación.

En primer lugar, explicaremos la posición de garante como un elemento común tanto a la omisión propia como a la omisión impropia. A partir de allí argumentaremos nuestro entendimiento de la omisión como un elemento común a todas las formas de delito, tanto al activo, como al omisivo.

Sobre lo primero, cuando se aprecian las formas de omisión propia, podemos observar que, salvo en el caso de la omisión de socorro, el tratamiento que a las mismas dispensa el legislador es el de los delitos especiales. Así, por

---

[721] Ibíd., p. 959.

[722] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 566.

ejemplo, la inasistencia alimentaria solo la comete quien estando obligado por la Ley a dispensar alimentos a sus familiares, no lo haga, la omisión de control la comete el funcionario obligado a cumplir los mecanismos de prevención de lavado de activos, la omisión de medidas de protección a la población civil la comete quien esté obligado a tomar medidas para la protección de la población civil, y así sucesivamente.

El que el ordenamiento jurídico consagre una omisión propia, ciertamente supone una restricción en el ámbito de libertad para aquella persona que debe llevar a cabo la acción ordenada, obligación que no recae sobre el resto de ciudadanos (quienes no son padres, quienes no se encuentran obligados por la Ley a tomar medidas de prevención de lavado de activos, etc.), por lo que entendemos que también en la omisión propia debe hablarse de posición de garante.

El único caso en el que no quedaría clara nuestra hipótesis de que la posición de garante es un elemento común a la omisión propia y a la impropia es el delito de omisión de socorro, que se encuentra redactada como un delito común. En lo que tiene que ver con el delito de omisión de socorro, entendemos que se trata de una figura que constituye un rezago de regímenes incompatibles con el Estado de Derecho, que debe ser eliminado de Códigos Penales como el colombiano, respetuoso del Estado Social de Derecho.

En contra, Stratenwerth entiende que

> (…) *la equiparación con el comportamiento activo sólo se produce en aquellos casos en los que al autor le incumben deberes de supervisión o cuidado especiales, pero no en aquellos en los que sólo se trata de deberes de socorro generales, que no presuponen una responsabilidad incrementada del autor por el bien amenazado. Sólo cuando el autor, excepcionalmente, sobre la base de ese deber especial, tiene que responder de que se evite un resultado negativo, la omisión de evitarlo puede tener el mismo peso que la acción que lo produce.*[723]

[723] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 383.

3.1.2.4.2. La equivalencia entre actuar y omitir

En segundo lugar, a partir de la moderna teoría del delito, no solamente es posible unificar la acción y la omisión, como lo sostuvimos anteriormente, sino que todo el delito se torna en un delito de omisión, de omisión de los deberes, ya sea los positivos por competencia institucional, o negativos por competencia institucional.

En lo que tiene que ver con el fenómeno del delito, entendemos que lo relevante en el mismo no es la causación –en términos físicos– de un resultado material, ni menos aún la lesión de un bien jurídico, en tanto que este fenómeno físico, material, es irreversible, por lo que la imposición de una pena a partir de esta explicación carece de cualquier explicación diferente a una mera retribución en términos absolutos, lo cual se encuentra claramente superado.

Creemos entonces que lo importante en el delito es entender el mismo como fruto de un ser racional, alguien que, como tal, es portador de roles y expectativas, quien, mediante la comisión del hecho, exterioriza su percepción del mundo, en el que la norma no se encuentra vigente. El ordenamiento jurídico, como contrapartida a la libertad, impone obligaciones, deberes, a las personas como destinatarios que son de expectativas.

Estos deberes pueden ser comunes a todas las personas, deberes que se concretan en la necesaria abstención de realizar acciones que puedan lesionar o poner en peligro intereses ajenos. Así, lo relevante en el homicidio no es la persona que falleció, pues la intervención del derecho penal no logrará modificar esa realidad, lo importante es el mensaje que envía ese ser racional, en el que afirma que, en su mundo, la norma no se encuentra vigente. Estos deberes son comunes a todos los integrantes de la comunidad, y se reducen a abstenerse de realizar conductas que puedan afectar a terceros.

Pero habrá personas a las que, por su posición (padres, servidores públicos, jefes *scouts*), el ordenamiento jurídico les impone la obligación de configurar un mundo en común con otra persona y salir al auxilio de esa otra persona cuando la misma se encuentre en peligro. Éstos son los deberes positivos en virtud de competencia institucional, e insistimos, su contenido se traduce en la necesidad de configurar con alguien un mundo en común y mantenerlo a salvo frente a peligros que puedan concretarse en una lesión a sus intereses.

Así pues, que lo relevante en el delito no es la causación de un resultado lesivo para bienes jurídicos, como lo entiende la doctrina tradicional, sino el mensaje que el hecho representa, frente al cual la pena reaccionará de manera contrafáctica. La pena entonces, reafirma la vigencia de la norma, de manera que los ciudadanos podrán continuar contando con ella como regla para configurar su propio mundo. Lo importante en el delito tampoco será si el hecho se desarrolla mediante acción u omisión, lo que realmente es trascendente es determinar quién era el competente para evitar ese resultado, y a esa persona, en cuya órbita de competencia se encuentra el deber de evitar el resultado será aquélla a la que el mismo se impute, insistimos, sin importar si el hecho es causado mediante una acción o una omisión.

3.1.2.4.3. La evolución de la teoría de la fuente de la posición de garante

Anteriormente habíamos revisado, de manera panorámica, la evolución de la teoría de las fuentes de la posición de garante. En este apartado nos referiremos a este tema en concreto y de manera extensa. Este apartado es importante además para poder, posteriormente, determinar la fuente de la posición de garantía que ostenta el profesional de la salud y, a partir de allí, obtener un fundamento sistemático que nos permita resolver diferentes constelaciones de casos.

La doctrina, de manera mayoritaria entiende que la equiparación entre el actuar y el omitir, requisito para que pueda hablarse de omisión impropia, es posible en la medida en que haya una persona obligada a evitar que se produzca el resultado típico. A continuación nos ocupamos de la evolución de la posición de garante.[724]

Anteriormente nos habíamos ocupado de esta cuestión, e indicamos que la discusión de la fuente de la posición de garante inicia con la tesis de Feuerbach, quien señala que la normatividad impone al ciudadano la obligación de omitir comportamientos activos que interfieran en derechos de terceros, por lo que habría que demostrar un *fundamento jurídico especial* si, de manera excepcional, alguien será penado por omitir,[725] esta tesis se llama la teoría del fundamento jurídico especial.[726]

[724] Ibíd.

[725] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 668.

[726] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 318.

La teoría formal del deber jurídico entenderá que la fuente de la posición de garante[727] se encuentra en la Ley, el contrato, el actuar precedente peligroso y las estrechas relaciones de vida. No sería posible generar deberes de actuar derivados de obligaciones morales, y siempre el deber de actuar debe tener una fuente jurídica.[728]

Posteriormente, con la teoría funcional del bien jurídico, obra de Kaufmann, se entiende que la problemática relativa a la fuente de la posición de garante debe determinarse a partir del sentido social inherente a los diferentes deberes.[729] Como indica Jakobs, la teoría de las fuentes materiales "*no viene a reemplazar a la derivación con respecto a un fundamento jurídico, sino que la presupone, pero precisa los deberes en la medida en que, en lugar del deber de garante difuso en cuanto a su dirección, sitúa al deber del garante orientado definidamente*".[730]

Para la teoría de las fuentes materiales,[731] las fuentes de la posición de garante son dinámicas y serían las siguientes:

1. Deberes de protección en relación con bienes jurídicos
    1.1. Vínculo natural (padre debe evitar acción abortiva de la madre Sent. BGH, 1973)
    1.2. Relaciones estrechas de comunidad
    1.3. Asunción voluntaria
2. Responsabilidad sobre fuentes de peligro
    2.1. Actuar precedente peligroso
    2.2. Deber de control de fuentes de peligro
    2.3. Responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas

[727] JESCHECK define la posición de garante como *aquella persona… llamada de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro.".* JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 668.

[728] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 969.

[729] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 318.

[730] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal…* Op. cit., 1997, p. 969.

[731] DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 566.

A continuación, nos ocupamos de cada una de estas cuestiones.

1. En relación con los *deberes de protección de determinados bienes jurídicos*,[732] esta fuente de la posición de garante se justifica desde varios supuestos. En primer lugar, es claro que es necesario que exista una relación de dependencia *existencial*[733] entre los implicados, una relación de mutua confianza en virtud de la cual el titular del bien jurídico confía en el garante la custodia de sus intereses. A partir de esta confianza en la disponibilidad del garante para acudir a socorrerlo en eventos de peligro, la persona renuncia a tomar las cautelas para su protección. Está claro que la confianza que la persona deposita en el garante conduce a un riesgo mayor para sus bienes jurídicos. Esta fuente de la posición de garante se presentará en los siguientes supuestos:
   – *Vínculo natural*. Este supuesto se presentará entre miembros del núcleo familiar más próximo, en el que ellos se encontrarán obligados a evitar el acaecimiento de un peligro para la vida u otros bienes jurídicos de sus familiares.[734] Como lo sostuvimos anteriormente, no basta, para efectos de estructurar la posición de garante, la existencia de una relación amorosa, amistosa o de vecindad.[735] A título de ejemplo, esta sería la fuente de la posición de garante en el caso en que los padres omitan alimentar a su hijo que posteriormente fallece.[736] Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de junio de 1997, en la que se consideró garantes a los padres de un menor de 15 años gravemente enfermo. En igual sentido, podrá aplicarse la posición de garante en casos de padres dependientes de sus hijos,[737] como sucedió en la sentencia del 27 de octubre de

[732] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 320.

[733] Ibíd.

[734] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho* Op. cit., 2004, p. 246.

[735] En contra, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 246.

[736] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 318.

[737] Ibíd., p. 321.

1997 emanada del Tribunal Supremo español en la que se condena a quien provocó la muerte de su madre por desnutrición. Señala Mir Puig que para estructurar esta situación que origina la posición de garante, no es suficiente con la existencia del vínculo natural entre las personas, siendo necesario, además, que concurra una *situación de absoluta dependencia personal.*[738]

- *Relaciones estrechas de comunidad*. Nuevamente la proximidad entre personas, de la cual surgen relaciones de mutua confianza y dependencia, hace que las personas que se encuentran en una relación de estrecha comunidad asuman riesgos superiores a los que asumiría una persona que no se encuentra en medio de una relación de este tipo. En igual sentido, a partir de esta clase de relaciones, las personas, motivadas por la confianza, no adoptan medidas de seguridad al realizar determinadas actividades. Esta situación se presentará por ejemplo, en lo que Jescheck denomina *relaciones análogas al matrimonio* y en relaciones de asistencia.
- *Asunción voluntaria*.[739] Al igual que en los supuestos anteriores, la posición de garante surge en la medida en que la asunción voluntaria de la protección de un tercero por parte del garante supone que la persona, confiada en la disponibilidad de actuación de quien voluntariamente asume la protección, se expone a un riesgo mayor al que normalmente asumiría o renuncie a cualquier otra posibilidad de protección.[740] Esta causal regiría igualmente para servidores públicos.

Al respecto, indica Mir Puig que "*origina una posición de garante en quien asume la protección, pero sólo en cuanto lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero: así, cuando por confiarse a otro, que ofrece voluntariamen-*

---

[738] Ibíd., p. 321.

[739] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 246.

[740] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 406.

te su protección, alguien se atreve a correr riesgos mayores o deja de tomar precauciones de otra naturaleza".[741]

2. *Responsabilidad de determinadas fuentes de peligro*.[742] Dentro de esta categoría, encontramos las siguientes fuentes de peligro.[743]
   - *Posición de garante surgida de la injerencia o actuar precedente peligroso*.[744] La justificación de esta fuente de la posición de garante surge, enseña Jescheck, de la prohibición genérica de dañar a otro "*neminem laede*". Por su parte, Bacigalupo indica que esta fuente de la posición de garante encuentra su fundamento en el principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de la responsabilidad por los daños que ello cause a los demás.[745] En este supuesto, quien provoca el peligro de que otro sea dañado debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico. Jescheck indica como limitaciones a la injerencia las siguientes: 1) El actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano del ocasionamiento del daño, 2) este peligro debe ser adecuado para causar el resultado. 3) la actuación previa debe haber sido, desde un punto de vista objetivo, contraria a deber,[746] 4) la contrariedad a deber ha de consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado.
   - *Control de fuentes de peligro.* Las fuentes de peligro deben encontrarse dentro del propio ámbito de dominio y, para efectos de estructurar la posición de garante, no se tiene en cuenta la asunción voluntaria de su custodia o un actuar precedente infractor.

---

[741] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 322.

[742] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 323. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 247.

[743] Ibíd., p. 323.

[744] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 323. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 247.

[745] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 406.

[746] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 323.

– *Posición de garante surgida de la obligación de vigilar a determinadas personas*.[747] Igualmente, para esta fuente de la posición de garante no se toma en cuenta el actuar precedente o la asunción voluntaria del deber. En este caso, la colectividad, en atención a posiciones de autoridad o vigilancia existentes confía en que el garante controla los riesgos que puede representar la persona que se supervisa.[748]

3.2. Omisión impropia

3.2.1. Concepto

La omisión impropia no se agota, como la omisión propia, en la no realización de una conducta esperada por la norma, sino que consiste en la no evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico. En este caso estamos frente a tipos abiertos, en los que, mediante la aplicación de una cláusula contenida en la parte general, el juez establece el deber de actuar. Se trata, pues, de supuestos que no se encuentran contenidos en la parte especial del código como sucede con el delito de omisión propia.

Además de compartir los elementos de situación típica, ausencia de acción esperada y capacidad individual de acción, la omisión impropia, también llamada comisión por omisión tiene tres elementos propios, como son, la posición de garante, el acaecimiento del resultado que la norma busca evitar y el nexo de imputación entre la conducta omisiva y el resultado. Todos estos requisitos son objeto de una intensa discusión, asunto sobre el que nos ocupamos a continuación.

3.2.2. Elementos propios

3.2.2.1. Resultado típico

El advenimiento de un resultado típico es el elemento que marca la diferencia entre la omisión propia y la omisión impropia.[749] El acaecimiento del resultado

[747] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 406.

[748] MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 327.

[749] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 652.

es un elemento del tipo[750] y el garante que infringe el deber de evitar el resultado típico es responsabilizado penalmente por el advenimiento del mismo,[751] por lo que los delitos de omisión impropia son siempre delitos de resultado, a diferencia de los delitos de omisión propia que son delitos de mera actividad.[752]

Por supuesto que no basta con el simple advenimiento del resultado para efectos de la tipicidad de los delitos de omisión impropia, siendo necesario que el mismo sea objetivamente imputable al omitente.[753] Sobre este asunto, de inmensa polémica en la doctrina, nos ocupamos a continuación.

3.2.2.1.2. Nexo de imputación[754]

3.2.2.1.2.1. Presentación de la problemática y toma de postura

Para explicar la causalidad en el delito de omisión,[755] la doctrina ha acudido a varias alternativas, como procedemos a comentar a continuación:

Dentro de la teoría del delito, las primeras posturas sobre la situación las encontramos en la obra de Luden, para quien la causalidad debe buscarse en el movimiento corporal que desarrolla simultáneamente el omitente mientras no impide el resultado. En este sentido, señala Jescheck que Luden divisó el momento causal en el hecho de que el omitente, en el momento en el que tendría que haber evitado el resultado, se encontraba desarrollando otra actividad.[756] La crítica que se realiza a esta propuesta, es que en el caso en que un chico fallezca debido a que su madre se ocupa cociendo unos calcetines, la relación de causalidad solamente podrá establecerse entre los calcetines y la conducta de la madre, más no existe relación alguna de ello con la muerte del niño.[757]

---

[750] Ibíd., p. 665.

[751] Ibíd., p. 652.

[752] Ibíd., p. 652.

[753] Ibíd., p. 652.

[754] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 1996, p 44. Sobre el tema, ANTOLISEI. Op. cit., 1960, pp. 187 y ss. Sobre la omisión, interesantes resultan las anotaciones de ALIMENA, Bernardino. Op. cit., 1915. p. 435. PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 227. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 403.

[755] Sobre la complejidad de la cuestión, PALAZZO, Francesco. Op. cit., 2005, p. 231.

[756] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 666.

[757] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 10. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986, p. 556.

Por su parte, Krug, Glaser y Merkel señalan que existe una relación de causalidad y que la misma aparece en la acción anterior del omitente que crea el peligro que después no se evita.[758] En contra de esta teoría, se afirma que sólo podría funcionar en la omisión impropia en la injerencia.[759]

Las teorías de la interferencia (Buri, Binding, H. Mayer) divisaban en la renuncia a la voluntad natural impeditiva del resultado la destrucción positiva de una condición favorecedora del mismo y, por ello, veían en la omisión un hacer positivo.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, seguida por la jurisprudencia alemana, acudiendo a lo que se denomina causalidad hipotética, entiende que la determinación de la causalidad en la omisión se realiza exigiendo que la acción representada debió haber evitado el resultado con probabilidad *rayana en la seguridad*. Así, el intérprete debe, mentalmente, agregar la acción esperada e indagar si el resultado se hubiese producido o no. En caso de que el resultado se hubiese producido, aun a pesar de la omisión, es porque la omisión no es la causa. Por el contrario, si, agregada la acción esperada, el resultado desaparece, es porque la omisión es la causa del mismo.

Así por ejemplo, la relación de causalidad se predicaría entre el padre que contempla las bañistas mientras su hijo muere ahogado en la piscina, o, en el conocido ejemplo, entre la madre que cose las medias y la muerte del menor. Se señala como crítica de esta propuesta, el que si la madre está tejiendo las medias, ésta no es la causa de la muerte del menor sino, precisamente, de las medias.

Por su parte, Binding, afirma que la relación de causalidad entre omisión y resultado aparece en la acción interna que aplica el omitente para reprimir sus impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado.[760] En contra de esta postura, se afirma que la acción interna no se traduce en un movimiento corporal sino espiritual por lo que no hay causalidad mecánica, y que no podría explicar la omisión imprudente en la modalidad de la imprudencia sin representación, en la que el omitente no se representa el resultado lesivo que puede llegar a causar.[761]

---

[758] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 10.

[759] Ibíd.

[760] Ibíd.

[761] Ibíd.

En la actualidad encontramos dos posiciones, una que afirma la relación de causalidad entre la omisión y el resultado, y otra que la niega,[762] pudiendo considerarse ésta última como mayoritaria, a decir de Jescheck[763] y de Gimbernat.[764]

En palabras de Jescheck, la causalidad en la omisión se niega por cuanto "*la causalidad como categoría del ser exige una fuente de energía real que sea capaz de producir un esfuerzo, algo que precisamente está ausente en la omisión ('ex nihilo niliil fu')*".[765] Por su parte, Gimbernat, al referirse a estas tesis, señala que "*la dirección mayoritaria señala que entre omisión y resultado no hay relación de causalidad ya que aquella se caracteriza por un no movimiento y los no movimientos no pueden producir modificación alguna en el mundo exterior*".[766]

Empezaremos por las tesis que afirman la causalidad entre la omisión y el resultado, o, como lo denomina Gimbernat, *posiciones que afirman una relación de causalidad no mecánica entre inactividad y resultado en la omisión impropia*.[767] Dentro de estas tesis, a efectos de superar la barrera ontológica para negar la relación de causalidad entre omisión y resultado, en estas tesis se abandona la concepción de que la relación de causalidad consiste en un enlace físico natural entre acción y resultado. Tomando como fuente de estas tesis las ideas de Kant y Mill, se afirma que la relación de causalidad es una categoría del pensamiento que pone en conexión antecedentes con consiguientes como un proceso lógico cognoscitivo que explica un acontecimiento a partir de las condiciones que lo han hecho posible.[768]

---

[762] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, pp. 10 y ss. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 959. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 403. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 328.

[763] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 666.

[764] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 10.

[765] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 666. En igual sentido, MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 329. Igual, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 243.

[766] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 10.

[767] Ibíd., pp. 12 y ss.

[768] Ibíd., pp. 12 y ss.

Por su parte, Engisch aplica la tesis de la *conditio sine qua non*[769] para afirmar que si un comportamiento es causal cuando no puede ser suprimido *in mente* sin que desaparezca el resultado, entonces lo mismo rige para la omisión de un hacer positivo que hubiera evitado el resultado.[770]

Para la teoría de la *conditio sine qua non* también la relación de causalidad en el delito activo es hipotética,[771] de manera que la acción es causal del resultado, si es suprimida en mente, desaparece el resultado. Análogamente, señala esta tesis, ello también sería válido para la omisión.[772]

Entre quienes afirman la existencia de una relación de causalidad entre la acción y la omisión encontramos a Reyes Alvarado,[773] para quien entre la omisión y el resultado existe una relación de causalidad. Partiendo del hecho de que, mientras las acciones existen en el plano óntico, las omisiones solamente existen en el universo de lo valorativo, afirma que es imposible imaginar un estado en el que se presente una absoluta quietud, pues, si bien es cierto la persona no está desplegando la acción esperada, sí está realizando otras actuaciones y es entre esas actuaciones que la persona lleva a cabo –que, insisto, no corresponden a lo que de él se esperaba– y el resultado que debe realizarse.

Al igual que sucede en el caso de los delitos de acción, en la omisión lo relevante para el derecho penal no es que el sujeto portador de roles se encuentre en una inactividad, sino que lo relevante es que no se encuentra realizando la actividad que de él se espera.[774]

Las tesis que niegan la causalidad en el delito de omisión señalan que la conexión entre la conducta del omitente y el resultado se debe determinar si la posible acción del omitente *hubiera* podido evitar el resultado.[775] En este sentido, la omisión y el resultado se encuentran sometidos a una relación causal si la acción preceptiva *hubiera* evitado el resultado. Como indica Gimbernat, "*la*

---

[769] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 959.

[770] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, pp. 12 y ss.

[771] JAKOBS, Günther. Op. cit., 1997, p. 958.

[772] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, pp. 12 y ss.

[773] REYES ALVARADO, Yesid. Op. cit., 2005, pp. 49-50.

[774] ANTOLISEI. Op. cit., 1960, p. 190.

[775] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 666. Niegan la causalidad en el delito de omisión, DE TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., 1986. p. 555. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 329.

omisión y el resultado están unidos por una relación de causalidad pero no de carácter mecánico sino como una categoría del pensamiento".[776]

Sin embargo, la discusión gravita en torno a la exigencia, en términos de probabilidades, de que de haberse realizado la acción esperada se hubiera evitado el resultado.

La postura dominante sostiene que si bien no puede hablarse de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, habría una relación de "*cuasi-causalidad*" cuando la acción omitida hubiera impedido el resultado, existiendo una discrepancia en torno a la exigencia respecto a la posibilidad de que, con la acción esperada se hubiera evitado el resultado,[777] señalando unos que es suficiente que exista una "altísima probabilidad" de evitación, otros, que es suficiente una probabilidad del máximo grado, otros, que debe ser una probabilidad rayana en la certeza y por último quienes afirman que es suficiente una "práctica seguridad".[778]

Tanto la jurisprudencia alemana[779] como la española[780] en reiteradas ocasiones han señalado que la acción esperada debe haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

Mezger[781] y Jakobs,[782] por su parte, afirman que para poder imputar un resultado a una omisión es necesario que exista seguridad de que la acción evitada hubiese impedido el resultado.[783]

Existe igualmente la teoría de la disminución del riesgo, para la cual hay relación de causalidad por cuanto el omitente no disminuyó el riesgo[784]. Al res-

---

[776] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, pp. 10 y ss.

[777] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., 2004, p. 244.

[778] Señala al respecto el Tribunal Supremo: "...en cuanto a la rela*ción de causalidad es obvio que no se da, toda vez que de la nada no se puede producir nada. Al respecto existe en la actualidad un consenso científico y jurisprudencial ampliamente difundido. Pero, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que es adecuado a las exigencias típicas que se pueda comprobar que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una seguridad rayana en la certeza...*" Sentencia del 23 de octubre de 1996. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 403.

[779] JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. Op. cit., 2002, p. 667.

[780] Sentencia del 23 de octubre de 1996.

[781] "[*l*]*a omisión es causal respecto de un resultado determinado, si ese "algo" hubiera impedido el resultado".* MEZGER, Edmund. Op. cit., 1955.

[782] JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* Op. cit., 1997, pp. 955 y ss.

[783] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 403.

[784] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 403. MIR PUIG, Santiago. Op. cit., 2005, p. 329.

pecto, señala Stratenwerth que "*la acción, por tanto, cuya no realización le es reprochada al autor, tiene que ser definida por la cualidad de que habría eliminado o disminuido el peligro que se ha traducido en el resultado. En este marco, nuevamente se trata (también) de una cuestión de causalidad, ciertamente no de la real, sino de la causación posible (potencial): la acción tiene que estar configurada de tal modo que efectivamente habría reducido el riesgo de la producción del resultado".*[785]

Frente a las críticas que se realizan a la tesis mayoritaria de la cuasi causalidad, las reacciones avanzan en dos sentidos opuestos: o se exige más, o se exige menos.

Se exige más cuando algún sector de la doctrina no exige ya, para estimar cumplido el requisito de la relación de causalidad, la probabilidad rayana en la certeza, sino la certeza. Así, Mezger, señala que para poder imputar un resultado a una omisión no es suficiente con que la acción hubiera evitado el resultado con probabilidad rayana en la certeza sino que se debe constatar que ciertamente lo hubiera impedido.[786] Gimbernat afirma que esta tesis es errada en la medida en que al ser el juicio de causalidad un juicio hipotético, solamente se puede predicar una probabilidad pero nunca la seguridad.[787]

Se exige menos en el caso de la doctrina de la disminución del riesgo, que considera suficiente para estimar cumplido el requisito de la causalidad en la omisión el que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.[788] Como ejemplos en el campo del derecho penal médico encontramos, afirma Gimbernat, las condenas por homicidios imprudentes a facultativos que no atienden infartos agudos, meningitis, peritonitis y mismas que parten de la gravedad inherente a estas enfermedades, y el considerable índice de mortalidad que arrojan, para señalar que lo más que se puede decir es que la terapia adecuada habría *disminuido el riesgo de fallecimiento* pero no que se hubiese evitado con una *alta probabilidad rayana en la seguridad*.[789]

---

[785] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 397.

[786] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, pp. 10 y ss.

[787] Ibíd.

[788] Ibíd.

[789] Ibíd.

Como críticas a la tesis de la disminución del riesgo, encontramos dos: la primera, la clara infracción del principio *in dubio pro reo* por cuanto la posibilidad de que la ejecución de la terapia hubiera sido inútil y de que, por consiguiente, el paciente hubiera fallecido en cualquier caso no se interpreta a favor sino en contra del reo.[790] La segunda crítica igualmente demoledora es la transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro, en tanto que se está imputando un resultado típico no a quien lo ha causado sino a quien lo ha puesto en peligro del que no se sabe si es o no el que desembocó en la muerte.[791]

Bacigalupo concreta las críticas a la tesis de Gimbernat cuando señala que "*la omisión de impedir que el riesgo permitido se convierta en no permitido no garantiza la seguridad de la causalidad del comportamiento omitido, pues siempre se trata de lo mismo: ¿cómo es posible saber si la realización de la acción omitida hubiera impedido el resultado, causado por la fuente de peligro, no por la omisión? En la formulación de Gimbernat es seguro que una fuente de peligro (activo) ha producido el resultado pero con ello no se dice nada sobre la seguridad causal de la acción omitida*".[792]

Gimbernat, cuya referencia en este punto resulta obligada, plantea la solución del nivel de riesgo permitido de los focos de peligro en la que la obligación del garante será la de mantener o reconducir los focos de peligro a nivel del riesgo permitido, pues de lo contrario le será imputable el resultado, independientemente de si el cumplimiento de dicha obligación hubiera podido impedir o no la producción del resultado.[793]

En nuestro criterio, lo primero es reconocer que es imposible hablar de causalidad en el delito de omisión en tanto que reconocemos que de la no realización de la actividad esperada no puede afirmarse la producción de un determinado resultado o la puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

Si bien reconocemos la identidad estructural entre la acción y la omisión, entendemos que es imposible afirmar que existe una relación entre la omisión de la acción esperada y el resultado causado.

---

[790] Ibíd.

[791] Ibíd.

[792] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 404.

[793] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 53. Igual en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 1994. pp. 45 y ss.

Sin embargo, las tesis de la cuasicausalidad tampoco las encontramos satisfactorias, y no lo son por las siguientes razones. En primer lugar, por cuanto es imposible que el fallador se retrotraiga al momento de la acción omitida para efectivamente comprobar si la realización de la acción esperada hubiese evitado el resultado. En segundo lugar, por cuanto, en aquellos eventos en los que la realización de la acción esperada tenga escasas probabilidades de éxito, como puede suceder en ciertas intervenciones médicas, la adopción de la tesis de la *cuasicausalidad* justificarían el que de entrada no se realizara actuación alguna.

En tal sentido, nos identificamos con la tesis del incremento de los focos de peligro de Gimbernat, de manera que se parte de la tolerancia por parte del legislador de determinados focos de peligro y su intención de que los mismos se mantengan dentro de unos límites que permitan reducir las posibilidades de lesión para intereses de las personas. Así, el ordenamiento establece deberes frente a esos focos de peligro, deberes que podrán concretarse en mantenerlos en determinados niveles y evitar su expansión, o evitar acciones peligrosas que supongan el rebasamiento de los límites tolerados por el legislador en relación con esos focos de peligro.

Se mantiene pues, la identidad entre acción y omisión, en tanto que en relación con el foco de peligro lo relevante es que el garante los mantenga dentro de los límites tolerables, sin importar si ello lo realiza mediante acción o mediante omisión.

3.2.2.1.2.2. La causalidad en el delito de omisión referida a la imputación de resultados en materia de responsabilidad penal médica

En materia médica la cuestión es de gran importancia, pues no son pocos los eventos en que se presenta una omisión del médico y un resultado, siendo necesario determinar la relación de causalidad entre una y otra.

Miremos la situación con algunos ejemplos:

Darío sufre un accidente mientras conduce su motocicleta. Es trasladado a un centro hospitalario, donde es valorado por Pablo, médico general. Darío informa sobre el accidente y haber ingerido cinco "cubalibres" poco antes de éste. Pablo realiza el examen físico de manera superficial no evidenciando una herida contusa en la región temporal derecha del paciente. Los diagnósticos que

realiza son: Trauma craneoencefálico e intoxicación etílica aguda, razón por la cual solicita una radiografía de cráneo, pero no realiza prueba de alcoholemia.

Pablo decide observar al paciente cuatro horas y aplicar vitamina B1 intramuscular para aminorar la intoxicación etílica. Al no presentarse cambios en el estado general del paciente, Pablo decide darle de alta, con una cita control por neurología en ocho días.

Al día siguiente Darío presenta cefalea intensa, vómito y pérdida completa de la conciencia. Sus familiares lo llevan nuevamente al centro hospitalario, en donde es atendido por Guillermo, médico general, quien solicita un TAC urgente de cráneo, en el que se evidencia un edema cerebral severo, secundario a un hematoma subdural y una herniación amigdalina. Darío fallece a las pocas horas (Se trata del caso contenido en la Sentencia del 8 de junio de 1994 del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal).

Otro caso sería el siguiente:

Lucía es una paciente a quien se le diagnosticó un cáncer de cuello uterino, razón por la cual es programada para realizarle una histerectomía radical. En el procedimiento quirúrgico se evidencia una masa de más de 4 cm y compromiso de los ganglios inguinales, de tal manera que el equipo médico decide no practicar la histerectomía. A pesar de que la sobrevida de cáncer de cérvix estadio I B a los cinco años es del 90% con quimioterapia y radioterapia, el oncólogo tratante de Lucía decide no remitirla para iniciar estos tratamientos, sino solamente a clínica del dolor. Lucía fallece a los cuatro meses.

Lo procedente entonces, es determinar en estos dos casos la relación de causalidad entre la omisión del médico y el resultado. En el primer caso, determinar cómo la no realización de los exámenes que permitirían la detección del edema cerebral y la hemorragia subdural (ejemplo TAC Cerebral) es la causa de la muerte del paciente,[794] y en el segundo cómo la no realización de la quimioterapia es la causa de la muerte de la paciente.

---

[794] Señala al respecto la sentencia bajo estudio del Tribunal Supremo Español: *el error en el diagnóstico incidió directamente en el resultado lesivo, porque conociendo la existencia de un traumatismo craneoencefálico que podía revestir gravedad por el persistente estado de semiinconsciencia*

Estos ejemplos nos demuestran el error de las denominadas teorías de la *cuasi causalidad*, pues no es claro qué significan, en términos porcentuales conceptos como los de "altísima probabilidad" de evitación, probabilidad del máximo grado, probabilidad rayana en la certeza o práctica seguridad. ¿Será que el 90% es probabilidad rayana en la certeza? O, por el contrario, ¿se conformarían los cultores de estas tesis con el 90% de posibilidad de evitación? Adicionalmente, si se aprecia el desarrollo de las teorías de la causalidad en la práctica, vemos cómo se han proferido condenas con estándares de probabilidad que distan, bastante incluso, de la probabilidad y se encuentran en el caso de la posibilidad.

Como lo indica Gimbernat, las tesis dominantes de la cuasicausalidad no funcionan en materia de derecho penal médico, en el que a pesar de la observancia de la *lex artis* las medidas terapéuticas omitidas por el profesional de la salud no siempre tienen éxito para atajar enfermedades con índices de mortalidad más o menos elevados, por lo que al omitente, en el delito doloso, sólo se le podría castigar por tentativa pues falta la relación de cuasicausalidad, y quedaría impune en el caso de un delito imprudente.[795]

Indica Gimbernat que existe una imposibilidad científica de determinar cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiera ejecutado el tratamiento médico correcto,[796] lo cual torna en inaplicable el criterio mayoritario de la cuasicausalidad. Así, quedó claro en las sentencias emanadas del Tribunal Supremo español del del 8 de junio de 1989, en la que le imputan al médico unas gravísimas lesiones en comisión por omisión y se desconocía si el niño que había sufrido una contusión craneal con conmoción cerebral se habría podido librar de las trágicas secuelas sobrevenidas si aquél hubiera ordenado a tiempo el tratamiento médico adecuado,[797] y del 5 de julio de 1989 en la que se condenó por homicidio imprudente en comisión por omisión a un profesional de la salud, y, en el caso concreto, era imposible determinar si, en el evento en que el médico hubiera diagnosticado la peritonitis que padecía el enfermo,

---

del sujeto no completó los datos elementales e indispensables para el diagnóstico, máxime cuando la embriaguez podía enmascarar el cuadro…". Sentencia del 8 de junio de 1994.

[795] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 2003, p. 30.

[796] Ibíd.

[797] Ibíd.

este´último podría haber salvado la vida si se hubieran dispuesto las medidas terapéuticas que prescribía la *lex artis*.[798] En ambos casos, el Tribunal Supremo da por acreditada la relación de cuasicausalidad omisiva, a lo cual se opone Gimbernat[799] cuando afirma, con toda la razón, que ni en uno ni en otro caso es posible retrotraer los acontecimientos al momento preciso en que el niño con el traumatismo craneal fue desatendido por el médico para comprobar si, de haberse iniciado el tratamiento adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, en el primer caso, ni tampoco pueden volver en el tiempo y determinar si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haberse salvado la vida, en el segundo caso.[800]

Sobre la denegación de asistencia médica, Stratenwerth[801] indica que la jurisprudencia y la doctrina, partiendo de la tesis de la negación de la causalidad entre omisión y resultado, terminan por requerir la seguridad de que la acción evitada hubiese evitado el resultado acontecido con lo que se llega a la consecuencia, en su criterio, inaceptable en la práctica, *"de que sólo se tendría que emprender el intento de salvar un bien amenazado cuando prácticamente no se pudiera poner en duda el éxito del intento, pero no cuando «sólo» incrementara sus posibilidades de salvamento"*[802] de manera que, a modo de ejemplo, si los padres de un hijo gravemente enfermo dejan de acudir al médico responderían por la muerte del hijo sólo si el tratamiento médico lo hubiera salvado con la mayor probabilidad, de manera que si se tratase de una enfermedad con una elevada tasa de mortalidad, podrían renunciar de antemano a la atención médica. Señala Stratenwerth que la jurisprudencia para superar esta situación, ha tomado "*como punto de referencia, en lugar de la posibilidad de salvamento, la posibilidad (lindante en la seguridad) de demorar la producción de la muerte"*.[803]

[798] Ibíd.

[799] Ibíd.

[800] Ibíd.

[801] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 398.

[802] Ibíd.

[803] Ibíd.

La propuesta que formula Stratenwerth entonces, es la de afirmar la causalidad en la omisión cuando se demuestre que la intervención médico-quirúrgica hubiese otorgado al paciente una mayor posibilidad de supervivencia.[804]

Jakobs por su parte, en el caso de denegación terapéutica, señala que la posibilidad de demostrar el éxito de la intervención es imposible, pero sí se podrá demostrar que, en el caso de haberse realizado la intervención, se hubiera postergado el acaecimiento del resultado.[805] Por lo anterior señala Jakobs que en este caso el médico debe *responder por consumación cuando ya la sola oportunidad de aplazamiento fundamenta el deber de salvar*.[806]

El Tribunal Supremo español se ha ocupado de la relación de causalidad en materia del delito de omisión en el derecho penal médico en varias ocasiones, sobre las que nos ocupamos a continuación:

En la Sentencia del 5 de julio de 1989 AS 6091 se juzgó el caso en el que un médico encargado de atender a un sujeto no diagnosticó una peritonitis de la que posteriormente el paciente falleció, omitiendo, por tanto, el médico la medida terapéutica de protección para atajar la enfermedad.[807]

Al relacionarse con el tema de la causalidad, el Tribunal Supremo señaló que "*dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse, y no debió hacerse, teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo, veintitrés años, y las técnicas médicas y sobretodo quirúrgicas, el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo.*"

En conclusión, tenemos que las teorías de la cuasicausalidad no aportan mucho en materia de imputación de resultados al profesional que omite la práctica de una determinada intervención sobre el paciente, por lo que, nosotros consideramos, como ya lo manifestamos en el apartado anterior, que es suficiente a efectos de imputar el resultado lesivo al profesional de la salud, con el incremento del peligro para la salud del paciente derivado de la expansión del foco respectivo de peligro.

---

[804] STRATENWERTH, Günther. Op. cit., 2000, p. 399. En contra, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 963.

[805] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. cit., 1997, p. 963.

[806] Ibíd.

[807] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., 1994. p. 44.

4. La posición de garante del profesional de la salud

Delimitada la cuestión a tratar en el presente capítulo, es necesario establecer cuál es la fuente de la posición de garantía del profesional de la salud, aspecto no de poca importancia, pues, como se verá, se trata de una situación que genera infinidad de problemas en la práctica.

> **Ejemplo**: En un avión, entre los pasajeros se encuentra un experto cardiólogo. Otro pasajero, sufre en el transcurso del vuelo una complicación cardiaca, por lo que los auxiliares de vuelo indagan si en el avión se encuentra algún médico que pueda resolver la cuestión. Indiferente a la situación, el médico hace caso omiso al llamado de los auxiliares de vuelo, y el paciente fallece por la falta de atención.
> **Otro ejemplo**: El estudiante de medicina A es a su vez *bartender* en un establecimiento público. En alguna ocasión, un asistente a la discoteca sufre una sobredosis de droga, de lo cual se percata A, a pesar de lo cual no le presta auxilio alguno.

Para determinar el tipo aplicable a estos dos casos, es decir, si estamos frente a una omisión propia –omisión de socorro– o si estamos frente a una omisión impropia[808] –homicidio por omisión– es necesario determinar si el profesional ostenta la posición de garantía, que, como lo vimos anteriormente, claramente es lo que diferencia uno de otro supuesto.

A efectos de poder resolver este inconveniente, entonces lo necesario es determinar la fuente de la posición de garante, para lo cual, como lo señalamos de manera extensa *supra*, encontramos dos tesis, una, respetuosa del principio de legalidad, como lo es la teoría de las fuentes formales, y otra, que revisa cada caso en concreto, denominada la teoría de las fuentes materiales.

Para la teoría de las fuentes formales, recordamos, la fuente de la posición de garante es la Ley, por lo que, en el caso en concreto, el fundamento de la posición de garantía del profesional de la salud, se desprende de la Ley, en el caso colombiano, la Ley de Ética Médica, que establece en su artículo segundo

---

[808] CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte Generale.* Ed. Casa Editrice Cott. Antonio Milani. Padova, 2004, p. 203.

el denominado juramento hipocrático, en virtud del cual el médico debe siempre prestar el auxilio necesario para prevenir, tratar y curar las enfermedades. Las otras fuentes de la posición de garante para esta teoría serían, el contrato –que es ley para las partes– y el actuar precedente peligroso.

Si aplicamos esta tesis a los casos bajo estudio, tenemos que el médico ostenta la posición de garante por el solo hecho de ser médico, por lo que en los dos casos analizados en el presente capítulo, cometería una omisión impropia y le sería imputable el delito de homicidio por omisión.

Esta tesis fue superada, por cuanto genera soluciones incorrectas, como en casos bajo los analizados, pues sostener esta teoría, en la que el médico es garante por su profesión, implicaría una carga adicional para él que no opera para los demás ciudadanos, generando un desconocimiento del principio de igualdad en las cargas públicas.

Adicionalmente, en este escenario el médico, por el solo hecho de serlo, no tendría derecho a una vida privada, fuera de su profesión, razón por la cual entendemos es inaplicable.

Por el contrario, la tesis de las fuentes materiales, sostiene que la posición de garante ya no es estática, no se desprende del texto de la ley, sino que debe revisarse caso a caso la situación en concreto para determinar si se asume o no la posición de garantía.

De acuerdo con esta tesis, la posición de garante del profesional de la salud se desprende de la asunción voluntaria del tratamiento del paciente, en concreto, cuando se inicia con el diagnóstico. Mientras no se asuma el tratamiento del paciente, el médico no asume la posición de garante por lo que debe tratarse como cualquier otro ciudadano, y en el caso en concreto, deberá responder por una omisión propia, a saber, un delito de omisión de socorro.

Para Bacigalupo, la posición de garante del profesional de la salud surge de la confianza e indica que "*la posición de garante del médico no proviene de la ley ni del acto anterior y, en muchos casos tampoco puede tener su fundamento en un contrato, dado que en muchos casos el paciente mayor de edad no podrá prestar su consentimiento válidamente y quienes lo prestan por él carecen de mandato. Sería verdaderamente absurdo que cuando el paciente más lo necesita, menor sean las obligaciones del médico*".[809]

---

[809] BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., 1997, p. 410.

En nuestro criterio, la fuente de la posición de garante del médico, en el escenario de la teoría de las fuentes formales, puede derivarse de situaciones e hipótesis diferentes. De esta manera, en nuestro criterio, las fuentes de la posición de garante del profesional de la salud serían la asunción voluntaria, la injerencia, y eventualmente el deber de control sobre fuentes de peligro o personas, aspecto que argumentamos a continuación, dejando en claro que el establecer la posición de garante es apenas uno de los requisitos para que pueda trabajarse la comisión por omisión, siendo necesario, a efectos de edificar la responsabilidad penal, que se verifiquen los demás requisitos, especialmente la cuestión atinente a la capacidad individual de acción, aspecto que resulta especialmente problemático en estos supuestos.

4.1. La posición de garante derivada del error en el diagnóstico

Sabido es que el diagnóstico supone el primer momento del acto médico, en el que el profesional de la salud aplica todos sus conocimientos y emplea los avances científicos disponibles para encontrar la situación actual del paciente y definir la terapia a aplicar. Es el momento que antecede a la intervención directa en la humanidad del paciente por parte del médico tratante, y termina con la toma del consentimiento informado para proceder con la terapia propiamente dicha.

Puede suceder que el médico cometa un error en el diagnóstico, a partir del cual se desprendan consecuencias lesivas para la humanidad del paciente o de un tercero, como pasamos a ejemplificar a continuación.

> **Ejemplo**: Paciente es remitida a la clínica XXX, ingresando a urgencias a las 12 de la mañana por trabajo de parto. Posteriormente, es valorada por el Doctor A, quien no encuentra cuello dilatado. La paciente presentaba operaciones en el útero en dos oportunidades y le informa al médico que por sus procedimientos anteriores, en este parto no podía esperar que le dieran contracciones ni dolores, ni podía tener parto vaginal, ya que corría el riesgo que se le abriera el útero y su vida corría peligro. El médico tratante hace caso omiso de estas observaciones de la paciente, y la deja en observación. Posteriormente, la paciente presenta dolor intenso en el vientre, lo cual es igualmente ignorado por el médico tratante a pesar de ser informado por parte de la parturienta. Al siguiente día, es valorada

por otro médico quien ordena monitoreo fetal e informa a la paciente que el bebé presenta aceleración cardiaca, por lo que se solicita ecografía de perfil- biopsíquica urgente a fin de determinar el estado físico del bebe, presentándose como resultado "liquido amniótico o".

Por lo anterior, se ordenó traslado inmediato a cirugía para realización de cesárea, ya que los resultados obtenidos en los exámenes mostraban "*sufrimiento fetal".*

El resultado de la cesárea es: "*libelo abierto y el bebé en cavidad peritoneal cianótico, flácido, hipotónico, no reanimó con ambo*", remitiéndose urgente a la UCI, donde fallece.

Ejemplo tomado de la jurisprudencia francesa (Sentencia del 8 de julio de 1997): paciente consulta por dolores en el miembro inferior izquierdo y el médico prescribe antiinflamatorios. Dos días más tarde los dolores continúan por lo que regresa al médico quien se mantiene en su diagnóstico. El paciente acude a un especialista quien diagnostica una forma grave de flebitis que requiere hospitalización. No obstante el tratamiento anticoagulante aplicado, el paciente presentó una isquemia que le entrañó una necrosis del ante-pié izquierdo que hizo necesaria la amputación del miembro. Mientras que la corte de apelación desestimó el nexo de causalidad entre el diagnóstico errado y el resultado lesivo, esta relación de causalidad fue afirmada por la Corte de Casación considerando que el paciente había perdido la oportunidad de obtener una mejoría en su estado de salud.

Si bien el error en el diagnóstico por sí mismo – es decir, si no hay tratamiento ulterior, ni consecuencias nocivas para el paciente generadas del no tratamiento– no genera ni responsabilidad civil ni penal,[810] es claro que cuando, a partir del mismo, se produce un resultado lesivo para el paciente, penalmente hablando se genera la posición de garantía en el profesional de la salud, por lo que éste será responsable en comisión por omisión de los resultados causados al paciente por su error.

Acertadamente se ha señalado en la jurisprudencia colombiana que el error en el diagnóstico no es en sí mismo generador de responsabilidad, pues estamos

[810] Tribunal Supremo español. Sentencia del 3 de octubre de 1997, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica.* Bosch, Barcelona, 1999, p. 12.

frente a una ciencia inexacta en la que las señales que envía el paciente pueden ser interpretadas de diferentes maneras, lo que se reprocha al profesional de la salud es el no haber dispuesto todos los elementos necesarios para asegurar un diagnóstico lo más cercano a la realidad del paciente.

Así, el error en el diagnostico generará posición de garantía y responsabilidad administrativa, civil y disciplinaria en el evento en que el médico, por ejemplo, se abstenga de realizar los exámenes necesarios para establecer la situación del paciente.[811] En el evento en que sea directamente el profesional de la salud quien por su propia iniciativa omita la práctica de los exámenes necesarios para establecer, aclarar o modificar el diagnóstico, será él el responsable desde lo civil y asumirá la posición de garantía para efectos de determinar una eventual responsabilidad penal. Por el contrario, en los casos en que la decisión de no aplicar los exámenes diagnósticos provenga de una política institucional, será la respectiva institución quien deba asumir las consecuencias jurídicas de su actuar.[812]

Como señala Montealegre Lynett, es necesario en estos casos establecer si la práctica de los exámenes necesarios que en el caso concreto fueron omitidos, hubiera permitido el hallazgo y tratamiento de un mal mayor para el paciente. Señala este autor dos ejemplos que permiten ilustrar la situación. Por una parte, tenemos el caso de un paciente que se presenta al hospital con molestias en el estómago, el médico diagnostica una úlcera gástrica y no solicita estudios radiológicos ni endoscopia. El paciente resulta con cáncer de estómago que hubiera

---

[811] Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 13 de septiembre de 2002, Se trata de un caso en el que un médico, a pesar de que la radiografía demostraba de manera fehaciente la urgente necesidad de hospitalización del paciente, diagnosticó lesión ortopédica colocando bota alta de yeso y ordenando reposo, tratamiento desacertado que degeneró en gangrena y posterior amputación del miembro inferior izquierdo.

[812] Sobre el punto, el Consejo de Estado de Colombia sostuvo acertadamente lo siguiente: "El fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática ... Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente. Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. El error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico.". Consejo de Estado, fallo del 10 de febrero de 2000.

podido haber sido controlado con la aplicación de la terapia adecuada, que, para poder ser aplicada, presuponía el hallazgo de la enfermedad. Por el contrario, señala Montealegre, el caso en el que la situación del paciente haga que ni la aplicación de los exámenes necesarios, ni la visita preanestésica hubieran facilitado el hallazgo de la situación del paciente o, el tratamiento de la misma.[813]

Esta es la posición que entendemos correcta, en tanto que, la sola infracción del deber de practicar los exámenes no implica *per sé* la imputación del resultado, siendo necesario determinar la relación de riesgo. En aquellos casos en que haya omisión de práctica de exámenes diagnósticos o aclaratorios del diagnóstico, será necesario determinar, mediante prueba pericial, el que estos exámenes hubieran permitido aclarar el diagnóstico o que el mismo hubiese sido acertado, de lo contrario, la falta médica tendrá implicaciones exclusivamente disciplinarias para el profesional de la salud.

La fuente de la posición de garantía en este caso ya no será la asunción voluntaria del tratamiento, sino que será la injerencia, esto es, el actuar precedente peligroso. Para resolver el caso planteado, diremos que el médico en esta situación respondería de homicidio por omisión a título de imprudencia.

Por su parte, Silva Sánchez realiza una distinción en lo que tiene que ver con el error diagnóstico como generador de responsabilidad penal. Para este autor, el médico solamente será responsable en los eventos de errores en el diagnóstico vencibles.[814]

En nuestro criterio, al ser el diagnóstico un acto médico de vital importancia, podrá dar lugar a responsabilidad penal en cuanto se realice en un resultado lesivo. Por supuesto, que la imputación del delito en cuanto tal dependerá igualmente de la previsibilidad del resultado, de manera que, si por lo desconocido que aún es el cuerpo humano, el error en el diagnóstico puede ser excusable ante lo incierto de la ciencia médica en determinados eventos.

Miremos a continuación casos en los que se asume la posición de garantía por errores en el diagnóstico que generan responsabilidad por omisión por la vía de la injerencia:

---

[813] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., 1987, p. 289.

[814] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. cit., 1999, p. 14.

Un primer ejemplo de posición de garante a partir de la injerencia es el caso que nos relata la sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 12 de abril de 2002. En este caso, el médico y el anestesiólogo practican una colonoscopia a un paciente que se encuentra en hospitalización ambulatoria. Los profesionales de la salud causan una perforación intestinal al paciente, quien luego de pasado el efecto de la anestesia se había quejado de fuertes dolores abdominales que hubieran tenido que alertar a los médicos, quienes, al contrario, le ordenaron regresar a su domicilio. En este caso, diremos que los médicos asumen la posición de garante sobre la salud del paciente por cuando le pusieron en una situación de peligro para su salud.

> **Ejemplo**: En sentencia del 8 de julio de 1997 la Sala de Casación Civil francesa[815] resolvió un caso en el que el paciente consultó a un profesional de la salud por dolores en su miembro inferior izquierdo. El médico le prescribió anti-inflamatorios. Dos días más tarde los dolores se habían intensificado por lo que el paciente regresa donde el médico, quien mantiene el diagnóstico inicial. Dos días después, el paciente consulta a un especialista quien después de unos exámenes diagnostica una forma grave de flebitis que requería hospitalización. No obstante el tratamiento anticoagulante realizado el mismo día, el paciente presentó una isquemia que le entrañó una necrosis en el ante pié izquierdo que hizo necesaria la amputación de la extremidad. Mientras que el Tribunal de apelación absolvió al profesional por no tener probada la causalidad entre el error en el diagnóstico y el resultado lesivo, la Corte de Casación condenó al médico estimando que el paciente había perdido la oportunidad de obtener una mejoría en su estado de salud.

En sentencia del 11 de mayo de 1958, la CA de Toulouse resuelve un caso en el que un ginecólogo se tardó en informar los resultados de los tests de embarazo aplicados a una paciente que él controlaba. Como consecuencia de esta tardanza, el médico no diagnosticó a tiempo un embarazo extrauterino.

---

[815] Aparece en FERNÁNDEZ, Mónica Lucía. *La responsabilidad médica. Problemas actuales.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., Primera edición 2007.

La Corte entendió que, conociendo los antecedentes de riesgo de la paciente y la persistencia de síntomas dolorosos, el médico debió solicitar una comunicación urgente de los resultados.

La jurisprudencia francesa (CA de Pau, Sentencia del 10 de febrero de 1999) igualmente trata un caso que es de nuestro interés en este acápite, conocido como la demora o retardo en recomendar visita a un especialista. Se trata de un médico acupunturista quien no estaba en condiciones de determinar las causas de las constantes quejas del paciente, a pesar de lo cual le recomendó someterse a la manipulación por una persona que no ostentaba la condición de médico.

La CA de Poitiers, en sentencia del 16 de abril de 2002 resuelve un caso en el que un paciente sufre de dolores en el oído consecutivos a la práctica del submarinismo y el médico otorrinolaringólogo comete un error al no efectuar ni el examen miscroscópico del tímpano ni la radiología con fines diagnósticos. Esta omisión le causa un perjuicio al paciente en la medida en que desarrolló una otitis crónica que entrañó una sordera irreversible.

La CA de París en sentencia del 15 de noviembre de 2001 señaló la responsabilidad de un médico que se encontraba de guardia y tenía bajo su responsabilidad a un paciente al que se le había realizado una intervención quirúrgica. El médico, durante cinco horas no logró detectar un hematoma que creó una complicación respiratoria. Según la corte, si durante esas horas el médico hubiera estado alerta se hubiese podido realizar una intervención quirúrgica que salvase la vida del paciente.

En igual sentido, en la sentencia de la CA de Paría fechada el 12 de abril de 2002, se aborda el caso en el que un médico cirujano y un anestesiólogo en desarrollo de una colonoscopia efectuada en una hospitalización ambulatoria causaron una perforación intestinal al paciente. Luego de pasado el efecto de la anestesia, el paciente informa a los médicos sobre los dolores que padece, pero los profesionales hacen caso omiso a esta situación y remiten el enfermo a casa.

La práctica colombiana en estos casos enseña que en muchas ocasiones el error en el diagnóstico no se debe a impericia del profesional de la salud, sino a las difíciles condiciones en las que se ejerce esta profesión. Así, por ejemplo, es frecuente encontrar que nuestros hospitales carecen de los más elementales instrumentos para realizar el diagnóstico de una manera científicamente co-

rrecta, surgiendo la inquietud de qué sucede cuando el profesional de la salud incurre en un error en el diagnóstico por carecer de los medios para hacerse a una impresión sobre la situación lo más acertada posible.

En estos casos encontramos que se presenta una causal de imposibilidad de llevar a cabo la acción esperada, que en el delito de omisión opera como excluyente de la tipicidad.

Sin embargo, aplicando la teoría de la imputación objetiva, diremos que el solo error en el diagnóstico y la producción de un resultado lesivo no son suficientes para la imputación del resultado por la vía del delito omisivo como consecuencia de la asunción de la posición de garantía del médico, sino que además es necesario demostrar con probabilidad rayana en la certeza que si se hubiese contado con un diagnóstico correcto se hubiese podido aliviar la salud del paciente.

> **Ejemplo**: La Corte de Casación francesa en sentencia del 14 de diciembre de 1965 se ocupa de un caso en el que un niño de ocho años sufrió una caída y el diagnóstico inicial fue una fractura inicial del húmero. El niño continuó presentando dificultades en el movimiento del brazo, por lo que se somete a un examen complementario, en el que se descubre que el problema no era una fractura del húmero sino una luxación del codo, la cual le generó una invalidez. En este caso, la Corte sostuvo que habría una incertidumbre sobre la relación de causalidad, por lo que absolvió al profesional de la salud.

En sentencia del CA de Lyon el médico no diagnostica un infarto evolutivo de un paciente que había consultado al profesional de la salud por dolores constrictivos retro-esternales. En este caso se decidió que el electrocardiograma realizado no ponía en evidencia que mostrara esta afección por lo que se declaró el obrar correcto del profesional de la salud.

4.2. Posición de garante derivada de la medicación y otros casos en que la posición de garantía surge de la injerencia

En desarrollo del tratamiento es frecuente que se requiera la medicación para aliviar la situación del paciente. Si bien suele suceder que los resultados pretendidos

por el profesional de la salud con la medicación se alcance, puede suceder así mismo no sólo que ello no suceda –no se obtienen los resultados deseados– sino que también pueden presentarse resultados lesivos para la integridad del paciente como consecuencia de la medicación. En el presente apartado nos ocupamos del advenimiento de resultados lesivos como consecuencia de la medicación.

La jurisprudencia internacional es bastante rica en casos sobre responsabilidad médica derivada de consecuencias nocivas para la humanidad del paciente como consecuencia de la medicación, como procedemos a referir a continuación.

En el fallo de la Sala Civil de la Corte de Casación francesa, fechado el 28 de octubre de 1997, se declaró la responsabilidad de un médico que no advierte al anestesiólogo sobre la condición del paciente previo a una operación de cataratas como era el que el globo ocular del paciente era más delgado a consecuencia de una miopía.

En el fallo del 29 de noviembre de 1989, la Sala de Casación Civil francesa declaró la responsabilidad médica en un caso en el que en por una artrografía de rodilla se le aplica una inyección a una paciente y la asepsia cutánea previa a la inyección es ineficaz. Como consecuencia de esta asepsia ineficaz, se produce la penetración y propagación de un estreptococo, lo cual le causa a la paciente una artritis séptica.

Puede igualmente surgir la responsabilidad por la vía de la omisión cuando el procedimiento aplicado al paciente le genera una lesión que posteriormente se concreta en un resultado lesivo para su humanidad. Así, a título de ejemplo, encontramos la sentencia de la CA de Rennes del 13 de marzo de 2002, en la que un cirujano que realiza una colonoscopia produce una perforación intestinal como consecuencia de la cual se produce una peritonitis que le causa la muerte al paciente a las 24 horas de la intervención.

En esta misma línea debe analizarse el caso en el que se deja material quirúrgico en el cuerpo del paciente, como lo relata la sentencia del CA de Douai del 31 de enero de 2002, en la que un cirujano olvida un cuerpo textil en el cuerpo del paciente siendo necesario realizar un segundo procedimiento para desinfectar la humanidad de éste.

Anteriormente nos referimos a la problemática que supone que el paciente aproveche la medicación que le fue formulada por el profesional de la salud para causarse daños a sí mismo. En este sentido, tenemos un caso ya mencionado,

en el que un médico, en desarrollo de un tratamiento de desintoxicación, formula a un farmacodependiente una droga con la que éste se provocó la muerte inyectándose una sobredosis. En este caso, el BGH, partiendo de la normalidad psíquica del enfermo y por ende su normalidad de decisión, toma como referente para su decisión de condenar al médico por un delito de homicidio imprudente la consideración de la posición de garantía del profesional de la salud.[816]

Al referirse a esta sentencia, Roxin admite como correcto el resultado por la vía de la inimputabilidad del paciente que impedía el que tomara una decisión responsable, lo cual compartimos. Por el contrario, la argumentación del BGH, es decir, la estructuración de la imputación del resultado a partir de la posición de garantía del médico, implica que eéte no solamente deba evitar las lesiones al enfermo provenientes de la afectación de la salud que padece, sino que además es responsable por los daños que éste pueda ocasionarse a sí mismo con los medicamentos, lo cual, como acertadamente señala Roxin conduce a que un médico tenga permanentemente *un pie en la cárcel.*[817]

Consideramos que, en la medida en que el paciente se encuentre en condiciones de normalidad psíquica y libremente decida realizar un uso indebido del medicamento que pueda generarle un desenlace fatal, no puede imputarse al médico responsabilidad alguna, lo cual sólo será posible en aquellos eventos en que el paciente carezca de normalidad psíquica, caso en el cual estamos frente a uno de los supuestos que excluye la posibilidad de la autopuesta en peligro. Pero sostener *ad infinitum* la posición de garante del médico por el solo hecho de formular medicamentos frente a malos usos que de los mismos puedan hacer los usuarios resulta no solo incorrecto a la luz de la imputación objetiva, sino que es cargarle al médico una responsabilidad de por vida que lo tendrá en un permanente acoso.

Por la vía de la injerencia entendemos que el anestesista asume la posición de garante en los eventos en los que el anestesista abandone en la sala de cirugía al paciente, en tanto que entendemos que ese abandono, supone la posibilidad de la expansión del foco de peligro, en ese caso, la salud del paciente. Es por ello que consideramos que, en el evento en que de ese abandono siga

---

[816] BGH JR 1979, 429. Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 389.

[817] Con notas y comentarios, en ROXIN, Claus. Op. cit., 1997, p. 390.

una lesión para la salud de la persona, el resultado le será imputable al anestesiólogo, como encargado de la misma.

Sobre el abandono en salas de cirugía por parte del anestesista, encontramos varias sentencias del Tribunal Supremo español, todas en la línea que aquí hemos comentado.

En la Sentencia del 1º de diciembre de 1989 el anestesista se retira del quirófano en varias ocasiones, una de las cuales se prolongó por más de diez minutos. Al regresar a la sala quirúrgica se percató que la pantalla del monitor indicaba señal electrocardiográfica plana y, al levantar los paños del campo operativo descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó que la víctima quedara descerebrada y en estado crónico vegetativo hasta su posterior fallecimiento. En este caso, el Tribunal Supremos señala que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar constantemente lo que reflejaba la pantalla representa una imprudencia temeraria.

Así mismo, en sentencia del 16 de octubre de 1992, el Tribunal se ocupa de un caso en el que un anestesiólogo entra y sale constantemente del quirófano presentándose un paro cardiorrespiratorio cuando el enfermo se encontraba desatendido, resultado lesionado. En esta sentencia, el Tribunal Supremo indica la necesidad de una vigilancia constante y permanente del enfermo y sostiene que la omisión de este deber de vigilancia infringe una norma sociocultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudencia.

En Sentencia del 18 de septiembre de 1992 se condena a una médico anestesista por dejar solo al paciente en sala de despertar sin encomendar a nadie su vigilancia siendo que el paciente necesitaba de una vigilancia ininterrumpida.

En sentencia del 7 de julio de 1993 se señala que el abandono del área del quirófano por la anestesista de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante varios minutos y desencadenó una serie de consecuencias lesivas para el paciente.

En sentencia del 22 de abril de 1994 se señala la necesidad de vigilancia constante y permanente mientras el paciente se encuentre en la sala de recuperación y la no presencia del facultativo en la misma supone la vulneración de *"las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien*

es responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia".

4.3. Posición de garante derivada del cuidado del paciente. La obligación de seguridad de clínicas y hospitales

La jurisprudencia colombiana ha señalado que, junto a otras, una de las obligaciones de clínicas y hospitales en nuestro medio es la obligación de seguridad, en virtud de la cual estas entidades tienen el deber de evitar que al interior de la institución se presenten lesiones al paciente, causadas por cosas, terceros, o, incluso, por ellos mismos.[818/819/820]

---

[818] Las sentencia hito sobre las obligaciones de clínicas y hospitales en Colombia es la Sentencia del 12 de septiembre de 1985 emanada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sobre la obligación de seguridad, en el caso del Consejo de Estado, puede consultarse la Sentencia del 28 de septiembre de 2000. Sobre las obligaciones de las clínicas y hospitales la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha indicado que estas se relacionan con "las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento… otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc." Igualmente puede consultarse la Sentencia del 1° de febrero de 1993 de la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la que se señala que esta obligación es "*aquella en virtud de la cual una de las partes... se compromete a devolver sanos y salvos – ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes"*.

[819] La Corte Suprema de Justicia define la obligación de seguridad *de la siguiente manera: "en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de "custodia y vigilancia" si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso además del tratamiento se busca la propia seguridad personal."* Sentencia del 12 de septiembre de 1985.

[820] Interesante resulta la distinción que hace la Corte Suprema de Justicia en la mentada Sentencia del 12 de Septiembre de 1985 en la que hace una distinción entre la obligación de seguridad y la obligación de custodia y vigilancia, señalando que esta última es implícita al contrato que se celebra con la institución de salud en tratándose de instituciones psiquiátricas, pero debe hacerse pacto expreso sobre esta obligación en tratándose de otro tipo de instituciones. Sobre esta polémica da cuenta el fallo del Consejo de Estado del 28 de septiembre de 2000.Señala la Corte Suprema de Justicia: *"… en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de "custodia y vigilancia" si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata (sic) de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una "custodia y vigilancia" especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza."*

En desarrollo de esta obligación de seguridad, en Colombia se señala que, en el caso de pacientes con traumas craneoencefálicos, es obligación del personal sanitario tener en cuenta que, en la medida en que su situación hace que cuenten con alteraciones psicomotoras, el riesgo de que sufran caídas en el interior del centro asistencial es mayor que frente a otros pacientes, por lo que deben tomar las medidas tales como la sedación –que corresponde al personal médico– o la inmovilización del paciente –que corresponde al personal de enfermería– para evitar que se produzcan este tipo de situaciones, agravando la situación del paciente.[821]

En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado en sendas ocasiones respecto a los eventos en los que pacientes psiquiátricos, estando internados en instituciones psiquiátricas, se quitan la vida. Al respecto, ha señalado el Alto Tribunal lo siguiente:

- No es posible argüir como argumento defensivo la libre autodeterminación de estos pacientes como causal de exoneración de responsabilidad enmarcada en el hecho exclusivo y determinante de la víctima.[822]
- En el caso de enfermos mentales, no basta con la sola obligación de seguridad, sino que es obligación de las clínicas y hospitales el evitar que el paciente pueda hacer daño a terceros o causarse daño a sí mismo.
- En aquellos eventos en que el suicidio surja como una posibilidad, es obligación del centro asistencial tomar las medidas del caso para evi-

---

[821] Sobre el punto, la Sentencia es del Consejo de Estado y corresponde al 11 de abril de 2002. Los hechos que dan origen al litigio son los siguientes: Se trata de un caso en el que un paciente ingresa al centro hospitalario afectado por un trauma encefalocraneano (TEC) al haber caído de una altura de más o menos dos metros, ocasionada la caída por un choque eléctrico con un cable alta tensión. Se diagnosticó al paciente un TEC moderado no mortal. Desde el ingreso del paciente al servicio de urgencias, el 14 de enero de 1994, se ordenó su inmovilización, dado el estado de irritabilidad y las convulsiones que presentaba. El 23 de enero de 1994, sufrió una caída de la camilla y el 25 del mismo mes murió.

[822] Sentencia del 30 de noviembre de 2000. "Esa libertad de decidir sobre el cuidado de la salud o la preservación de la propia vida, tiene sin embargo límites relacionados precisamente con la capacidad de autodeterminación de las personas. En el caso de los enfermos mentales y de los menores el Estado tiene un deber de protección de las personas contra sí mismas, pues éstas por su incapacidad síquica o inmadurez se encuentran en situación de mayor indefensión y carecen de plena autonomía. Por lo tanto, debe brindarles una mayor protección (art. *13 C.*P.*), lo cual se extiende a impedirles aún con medios coercitivos que atenten contra su propia vida".*

tar que éste se produzca, de lo contrario habrá responsabilidad desde lo civil o administrativo.[823]

- En aquellos eventos en que el suicidio sea previsible, el personal de la institución, para evitar que ello suceda, deberá tomar medidas como las siguientes:[824]
  - Hospitalización del paciente. La duración de la internación dependerá de la gravedad y letalidad del intento.
  - Esta hospitalización supone la permanente compañía de personal psiquiátrico y de enfermería capacitado para este tipo de situaciones. En caso de no contar con este tipo de personal, el paciente debe estar permanentemente acompañado por un auxiliar de enfermería o por un familiar.
  - Preferiblemente el paciente debe estar internado en los pisos bajos de la institución por ser los que ofrecen un menor peligro.
  - Debe retirarse de la habitación y del alcance del paciente cualquier elemento que pueda servir para que el paciente se agreda a sí mismo. Por ejemplo: cables, espejos, teléfono, ganchos metálicos de ropa, cubiertos, tijeras, termómetro, etc. Se refiere, incluso, que si el paciente no va a estar permanentemente acompañado, deben retirarse los vidrios de las ventanas.
  - Deben examinarse cuidadosamente las pertenencias de uso personal a fin de evitar el acceso a elementos que puedan causarle daño al paciente. Ejemplo: cordones de zapatos, drogas de uso farmacéutico o ilegal, cinturones, medias de seda, etc.
  - Debe haber una disponibilidad médica de 24 horas ya sea para el paciente o para sus familiares.
  - En caso de alguna crisis, el personal de enfermería debe dar aviso de inmediato a un médico de la institución.

---

[823] Sentencia del 11 de abril de 2002. En igual sentido, la CAA de Aix Provence en Sentencia del 8 de enero de 2003 declaró la responsabilidad de una clínica siquiátrica que no cumplió su deber de seguridad con una paciente psicótica crónica hospitalizada por problemas delirantes y depresivos, quien se había intentado suicidar por defenestración al haber sido abandonada sin vigilancia en una habitación sin barrotes cuya falleba no fue bloqueada y que daba hacia un vacío de seis metros.

[824] Consejo de Estado de Colombia, Sentencia del 11 de abril de 2002.

Es claro entonces que la posición de garante derivada de la necesidad del cuidado de fuentes de peligro, nos permite explicar la posición de garantía para el personal médico sanitario derivada de la obligación de seguridad, de manera que, en aquellos eventos de suicidio de un paciente habrá responsabilidad por omisión de los encargados de evitar su cuidado. Lo mismo sucederá en los eventos en que al paciente se le ocasionen daños a su vida o integridad personal por parte de otros pacientes, o cuando sufran caídas al interior del centro hospitalario.

La posición de garante que surge en estos eventos derivada, insistimos, del control de fuentes de peligro debe aplicarse igualmente cuando el daño a la vida o integridad del paciente sea causado por instrumental presente en los hospitales.

Bibliografía

ALIMENA, Bernardino. *Principios de derecho penal.* Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1915.

ANTOLISEI. *Manual de derecho penal.* Traducida por DEL ROSAL, Juan y TORIO, Ángel. Ed. Uatha Argentina. Buenos Aires, 1960.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General*. Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte General.* Ed. Akal. Quinta edición. Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general.* Ed. Hammurabi. Segunda edición, Madrid, 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra las personas*. Madrid, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. *Lecciones de derecho penal, parte general.* Ed. Praxis, Segunda edición, Barcelona, 1999.

BERNATE OCHOA, Francisco. *La legitimidad del derecho penal.* Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2007.

BOUZAT, Pierre y PINATEL Jean. *Traité de Droit Penal et de Criminologie.* Librairie Dalloz, París, 1963.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. *Imputación objetiva.* Ed. Temis, Bogotá, 1998.

CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte Generale.* Ed. Casa Editrice Cott. Antonio Milani. Padova, 2004.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General.* Ed. Civitas. Segunda edición. Madrid, 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Parte General.* Ed. Dykinson. Tercera edición, Madrid, 2002.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Segunda edición. Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

DONINI, Massimo. *Illecito e colpevolenza nell`imputazione del reato.* Dott A. Giufré Editore. Milán, 1991.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, BERNARDO. *Imputación objetiva en derecho penal.* Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima, 2002.

FERNÁNDEZ, Mónica Lucía. *La responsabilidad médica. Problemas actuales.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C. Primera edición 2007.

FRISCH. Wolfgang. "La imputación objetiva. Estado de la cuestión". En: FRISCH, Wolfgang y otros. *Sobre el estado de la teoría del delito,* Ed. Civitas. Madrid, 2000.

FRISCH. Wolfgang. "La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático". En: FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Segunda edición. Editorial B de F. Montevideo, 2006.

FRISCH. Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP 1994.

GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad.* Ed. B de f. Montevideo, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión.* Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. "Sobre los delitos de omisión y de comportamiento". En: *Estudios de derecho penal.* Ed. Tecnos. Tercera edición, Madrid, 1990.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. *Delitos contra la vida y la integridad personal.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 1996.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil.* Ed. Bosch. Segunda edición, Madrid, 2004.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La Responsabilidad Penal del médico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ PRADA, Agustín. *Derecho Penal Colombiano. Parte General.* Imprenta del Departamento. Bucaramanga, 1952.

GUZMÁN MORA, Fernando. *El acto médico: consideraciones esenciales*.

HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la teoría de la imputación objetiva". En: HIRSCH. Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas.* Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Marcial Pons Segunda edición, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho Penal.* UA Ediciones. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal.* Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Manuel. Civitas, Madrid, 2003

JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Ensayos, Bogotá, D.C. 2002.

JESCHECK, H. H. WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO CARDENENTE, Miguel. Quinta edición. Ed. Colmares. Granada, 2002.

JORGE BARREIRO, Agustín. "La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica". Ed. Tecnos. Madrid, 1990.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2006.

KINDHAÛSER, Urs. *Critica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo.* Ed. Griujley, Lima, 2007.

LÓPEZ MESA. Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado.* Tratado de Responsabilidad médica. Marcelo J. López Mesa. Ed. Legis. Ed Ubijus, Buenos Aires, 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal, Parte General.* Ed. Universitas S.A. Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "La participación por omisión en la jurisprudencia del TS". *Revista Poder Judicial, Nº 2, 1986.*

MAGGIORE. Giuseppe. *Derecho Penal.* Ed. Temis, Bogotá, D.C. 1954.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta edición. Barcelona, 2002.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Séptima edición. Ed. B de F, Buenos Aires, 2004.

MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 14 N° 2-3. 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Sexta edición. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale. Parte Generale.* G. Giappichelli Editore. Turín, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs.* En: JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho Penal.* UA Ediciones. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1997.

PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.* Ed. Temis, Bogotá, 1967.

PULITANO, Domenico. *Diritto penale.* G. Giapichelli Editore. Turín, 2005.

PUPPE. Ingeborg. *La imputación objetiva.* Ed. Colmenares, Granada, 2001.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Ed. Temis, Segunda edición, Bogotá, D.C. 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducido por LUZÓN PEÑA Diego Manuel. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en derecho en el derecho penal”. En: *Problemas básicos del derecho penal.* Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ed. Reus, Madrid, 1991.

RUDOLPHI, Hans Joachim. *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal.* En: SCHÜNEMANN, Bernd et. al. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Razonamiento sistemático en derecho penal”. En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica.* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Editorial B de F, Segunda edición, Montevideo, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Introducción". En: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica.* Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Trad. De CANCIO MELÍA, Manuel y SANCINETTI, Marcelo. Ed. Thomson Citivas. Madrid, 2000.

TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo en la actividad médica.* Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2003.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina.* Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2002.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal.* Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ed. Reus S.A. Madrid. Tomo Segundo, Segunda edición.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General.* 11ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

WOLTER, Jürgen. "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*". En: SCHÜNEMANN, Bernd et ál. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.* Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

YEPES RESTREPO, SERGIO. *La responsabilidad civil médica.* Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, D.C. 1999.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Jurisprudencia

Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B

Sentencia del 23 de mayo de 200

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F

Sentencia del 21 de julio de 2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala M

Sentencia del 30 de agosto de 2001

Sentencia del 16 de septiembre de 2003.

Cámara en Sala de Acuerdos de Buenos Aires
Sentencia del 17 de marzo del 2003.
Juzgado de primera instancia en lo criminal y correccional número 3 de Mar del Plata
Sentencia del 18 de septiembre de 1995.

Colombia

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
Sentencia del 26 de junio de 1924
Sentencia del 19 de noviembre de 1927
Sentencia del 2 de febrero de 1932
Sentencia del 30 de noviembre de 1935
Sentencia del 18 de mayo de 1938
Sentencia del 21 de agosto de 1939
Sentencia del 5 de marzo de 1940
Sentencia del 14 de marzo de 1942
Sentencia del 14 de octubre de 1959
Sentencia del 30 de junio de 1962
Sentencia del 3 de noviembre de 1977
Sentencias del 12 de septiembre de 1985
Sentencia del 26 de noviembre de 1986
Sentencia del 8 de mayo de 1990
Sentencia del 1º de febrero de 1993.
Sentencia del 12 de julio de 1994
Sentencia del 8 de septiembre de 1998
Sentencia del 5 de mayo de 1999
Sentencia del 30 de enero de 2001.
Sentencia del 4 de abril de 2001.
Sentencia del 11 de septiembre de 2002.
Sentencia del 13 de septiembre de 2002
Sentencia del 26 de septiembre de 2002
Sentencia del 18 de mayo de 2005.
Sentencia del 18 de octubre de 2005
Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia del 14 de septiembre de 1995

Sentencia del 24 de octubre de 1995
Sentencia del 29 de octubre de 1997
Sentencia del 29 de julio de 1998
Sentencia del 4 de abril de 2003
Sentencia del 20 de mayo de 2003
Sentencias del Consejo de Estado
Sentencia del 25 de febrero de 1982
Sentencia del 28 de junio de 1984
Sentencia del 27 de marzo de 1987
Sentencia del 14 de febrero de 1992
Sentencia del 16 de marzo de 1992
Sentencia del 26 de marzo de 1992
Sentencia del 22 de mayo de 1992
Sentencia del 30 de julio de 1992
Sentencia del 13 de agosto de 1992.
Sentencia del 24 de agosto de 1992.
Sentencia del 3 de noviembre de 1992
Sentencia del 11 de diciembre de 1992.
Sentencia del 12 de junio de 1994.
Sentencia del 3 de febrero de 1995
Sentencia del 13 de julio de 1995
Sentencia del 17 de agosto del 1995
Sentencia del 22 de mayo de 1996
Sentencia del 3 de abril de 1997
Sentencia del 8 de mayo de 1997.
Sentencia del 4 de septiembre de 1997
Sentencia del 26 de abril de 1999
Sentencia del 3 de mayo de 1999.
Sentencia del 7 de octubre de 1999.
Sentencia del 11 de noviembre de 1999
Sentencia del 10 de febrero de 2000.
Sentencia del 15 de junio de 2000
Sentencia del 17 de agosto de 2000.
Sentencia del 14 de septiembre de 2000.
Sentencia del 28 de septiembre de 2000.

Sentencia del 22 de marzo de 2001.
Sentencia del 14 de junio de 2001.
Sentencia del 24 de enero de 2002.
Sentencia del 11 de abril de 2002.
Sentencia del 14 de junio de 2002
Sentencia del 15 de agosto de 2002.
Sentencia del 26 de abril de 2002
Sentencia del 26 de septiembre de 2002
Sentencia del 1° de julio de 2004
Sentencia del 29 de enero de 2004
Sentencia del 18 de mayo de 2005.
Sentencia del 13 de julio de 2005
Sentencia del 31 de agosto de 2006
Sentencias de la Corte Constitucional
Sentencia T-487 de 1992
Sentencia T-401 de 1994
Sentencia T-410 de 1994
Sentencia T-477 de 1995
Sentencia T-559 de 1995
Sentencias del Tribunal Nacional de Ética Médica
Sentencia del 12 de noviembre de 1992
Sentencia del 1° de marzo de 1995.
Sentencia del 31 de octubre de 1996
Sentencia del 14 de agosto de 1997.
Sentencia del 16 de octubre de 1997
Sentencia del 15 de febrero de 2000.
Sentencia del 28 de marzo de 2000.
Sentencia del 25 de abril de 2000.
Sentencia del 9 de mayo de 2000.
Sentencia del 21 de mayo de 2002.
Sentencia del 25 de junio de 2002
Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca
Sentencia del 17 de febrero de 1999
Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, D.C.
Sentencia del 24 de noviembre de 1999

Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima.
Sentencia del 27 de mayo de 1998.
Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Sentencia del junio 28 de 1995

Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
Sentencia del 25 de abril de 2007.
Sentencia de octubre de 2007.

España

Sentencias de Audiencias Provinciales
Sentencia del Audiencia Provincial Granada N° 17/2002 (Sección 2ª), del 10 enero de 2002
Audiencia Provincial de Barcelona.
Sentencia del 8 de mayo de 2000.
Sentencia Audiencia Provincial Orense N° 124/2001 (Sección 2ª), de 3 diciembre.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona del 23 de marzo de 1992
Sentencias del Tribunal Supremo
Sala de lo Penal
Sentencia del 28 de noviembre de 1989
Sentencia del 18 de noviembre de 1991.
Sentencia del 12 de marzo de 1990
Sentencia del 12 de julio de 1990
Sentencia del 29 de febrero de 1992
Sentencia del 26 de febrero de 2001
Sentencia del de 11 de octubre de 1979
Sentencia del 4 de septiembre de 1991
Sentencia del 5 de julio de 1989
Sentencia del 14 de febrero de 1991
Sentencia del 3 de julio de 1993
Sentencia del 11 de diciembre de 1993
Sentencia del 28 de febrero de 1996

Sentencia del 8 de junio de 1994
Sentencia del 16 de enero de 1986,
Sentencia del 7 de octubre de 1986
Sentencia del 4 de septiembre de 1991
Sentencia del 26 de octubre de 1995
Sentencia del 3 de octubre de 1997
Sentencia del 4 de febrero de 1999
Sentencia del 26 de octubre de 2000
Sentencia del 29 de marzo de 1998,
Sentencia del 18 de noviembre 1991
Sentencia del 3 de octubre de 1997
Sentencia del 18 de noviembre 1991
Sentencia del 14 de febrero de 1991
Sentencia del 3 de octubre 1997.
Sentencia del 29 de febrero 1996
Sentencia del 16 de junio de 1999
Sentencia del 30 de abril 1997
Sentencia del 12 de julio de 1995
Sentencia del 27 de diciembre de 1994
Sentencia del 22 de enero de 1998
Sentencia del 9 de diciembre de 1998
Sentencia del 26 de febrero de 1998
Sentencia del 8 de mayo de 1997
Sentencia del 10 de noviembre de 1994
Sentencia del 3 de noviembre de 1992
Sentencia del 15 de noviembre de 1980
Sentencia del 8 de junio de 1981
Sentencia del 25 de enero de 1988
Sentencia del 26 de junio de 1980
Sentencia del 25 de noviembre de 1980
Sentencia del 5 de febrero de 1981
Sentencia del 8 de junio de 1981
Sentencia del 3 de octubre de 1997
Sentencia del 29 de febrero de 1996
Sentencia del 10 de mayo de 1970

Sentencia del 26 de octubre de 1983
Sentencia del 24 de noviembre de 1984
Sentencia del 7 de octubre de 1986
Sentencia del 29 de marzo de 1988
Sentencia del 5 de julio de 1989
Sentencia del 4 de septiembre de 1991
Sentencia del 28 de diciembre de 1998,
Sentencia del 19 de mayo de 1999
Sentencia del 7 de marzo de 2000
Sentencia del 21 de mayo de 1992
Sentencia del 16 de octubre de 2002.
Sentencia del 12 de junio de 1989
Sentencia del 17 de julio de 1990
Sentencia del 30 de mayo de 1991
Sentencia del 2 de diciembre de 1991
Sentencia del 29 de mayo de 1992
Sentencia del 3 de julio de 1992
Sentencia del 17 de octubre de 1992
Sentencia del 12 de febrero de 1993
Sentencia del 21 de diciembre de 1993
Sentencia del 26 de junio de 1995
Sentencia del 28 de octubre de 1996
Sala de lo civil
Sentencia del 13 de julio de 1987
Sentencia del 17 de junio de 1989
Sentencia del 5 de julio de 1989
Sentencia del 20 de febrero de 1992
Sentencia del 25 de abril de 1994.
Sentencia del 9 de febrero de 1994
Sentencia del 5 de diciembre de 1994
Sentencia del 6 de marzo de 1995
Sentencia del 28 de febrero de 1995.
Sentencia del 6 de junio de 1997.
Sentencia del 26 de septiembre de 2000
Sentencia del 12 de enero de 2001

Sentencia del 29 de mayo de 2003.
Sentencia del 10 de junio de 2004.
Sentencia del 26 de junio de 2006.
Sentencia del 19 de julio de 2007
Sentencia del 8 de noviembre de 2007
Sentencia del 19 de noviembre de 2007

Estados Unidos

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América
Schoendorff vs. Society of New York Hospital 1914
Salgo vs. Leland Stanford Junior University 1957.
Cantebury vs. Spence, 1972
Corte de Maryland
Pope vs. State, 1979
DC Appeals Court.
Jones vs. United States. 1962
Jones vs. State IN, 1942
People vs. Oliver, California, 1989.

Italia

Corte de Casación italiana, fallo del 18 de junio de 1975, No. 2439.
Corte de Casación Civil italiana
Sentencia del 30 de mayo de 1969
Sentencia del 6 de febrero de 1982
Sentencia del 30 de noviembre de 1989
Sentencia del 2 de julio de 1991.
Sentencia del 6 de mayo de 1992.
Sentencia del 3 de marzo de 1995
Corte de Casación Penal italiana
Sentencia del 30 de octubre de 1984
Sentencia del 13 de julio de 1990
Tribunal de Nápoles
Sentencia del 11 de febrero de 1998

Tribunal Superior de Milán
Sentencia del 26 de abril de 2002

Inglaterra

Barnett vs. Chelsea Hospital [1969] 1 QB 428.
Stone and Dobinson [1977] QB 354 Court of Appeal
Hotson vs. East Berks AHA [1987] 2 All ER 909.
Wilsher vs. Essex AHA [1988] 1 All ER 871.
Allied Maples Group v Simmons & Simmons [1995] 4 All ER 907.
South Australia Asset Management vs. York Montague [1996] 3 All ER 365, HL.
Bolitho v City and Hackney Health Authority [1997] 4 All ER 771, HL.
Holtby vs. Brigham & Cowan (Hull) Ltd [2000] 3 All ER 421.
McKechnie (1992) Crim LCR 1994.

Francia

Sentencia del 15 de noviembre de 1955
Fallo del 14 de diciembre de 1965
Fallo del 29 de noviembre de 1989
Fallo del 25 de febrero de 1997
Fallo del 8 de julio de 1997.
Fallo 28 de octubre de 1997
Fallo del 7 de octubre de 1998
Fallo del 17 de noviembre de 2000
CA de Pau del 21 de diciembre de 2000
CA de Nancy del 19 de mayo de 1998.
CA de Douai del 31 de enero de 2002
CA de París
Sentencia del 13 de noviembre de 1998
Sentencia del 15 de enero de 1999
Sentencia del 19 de enero de 1999
CAA de París
Sentencia del 7 de mayo de 2002
CA de Poitiers, en sentencia del 16 de abril de 2002

CA de Metz, del 18 de junio de 2002
CA de Rennes del 13 de marzo de 2002
CA de Toulouse. Sentencia del 11 de mayo de 1958.
CA de París Sentencia del 19 de enero de 1999
Sentencia del 19 de febrero de 1999
Sentencia del 15 de noviembre de 2001
Sentencia del 12 de abril de 2002
CA Aix-en-Provence Sentencia del 13 de febrero de 2001
CA de Douai. Sentencia del 31 de enero de 2001

Este libro fue compuesto en caracteres
Caxton 10 puntos, impreso sobre
papel propal de 70 gramos y encuadernado
con método Hot Melt, en el mes de marzo de 2010,
en Bogotá, D.C., Colombia